MANUAL

DO

GESTOR PÚBLICO

"Um Guia de Orientação ao Gestor Público"

- 3ª Edição -

JULHO DE 2013

Ficha Técnica para Manual do Gestor Público

Governo do Estado do Rio Grande do Sul

Tarso Genro
Governador do Estado

Odir Alberto Pinheiro Tonollier
Secretário de Estado da Fa zenda

Luiz Paulo Freitas Pinto
Contador e Auditor-Geral do Estado

R585m Rio Grande do Sul. Secretaria da Fazenda.
Manual do gestor público : um guia de orientação ao gestor público. -- 3.ed. -- Porto Alegre : Companhia Rio-grandense de Artes Gráficas (CORAG), 2013.
p. 264 – ISBN: 978-85-7770-243-5

1. Administração pública – Rio Grande do Sul 2. Gestão pública 3. Recursos públicos - Gestão
I. t. II. Contadoria e Auditoria-Geral do Estado (CAGE)

CDU 351
351(816.5)

Catalogação elaborada pela Biblioteca da Secretaria da Administração e dos Recursos Humanos/SARH.
Bibliotecária responsável: Adriana Arruda Flores, CRB10-1285.

Responsável dados técnicos: Maria Helena Bueno Gargioni

Revisão de Português: Professora Fátima Áli

Capa: Agência Escala

Editoração/Impressão: Companhia Rio-grandense de Artes Gráficas – CORAG

Contadoria e Auditoria-Geral do Estado – CAGE
Av. Mauá, 1155, 4º andar, sala 404-A. Porto Alegre/RS. CEP 90.080-030.
Telefone: (51) 3214 5200 – Fax: (51) 3214 5216.
E-mail: cage@sefaz.rs.gov.br.

COORDENAÇÃO

Lorena Elisabete Dias da Silva

COLABORADORES

Abel Ferreira Castilhos
Ademir Spannemberg
Alberto Araguaci da Silva
Ana Bogdanov
Anelise Meira dos Santos
Aurélio Paulo Becker
Eduardo Jardim Pinto
Eduardo Oliveira Garcia
Diego Degrazia da Silveira
Guiomar Pedro Martini Torzecki
John de Lima Fraga Junior
José Carlos Machado Molina
José Silvio Born
Lorena Elisabete Dias da Silva
Luiz César de Souza Ribeiro
Luiz Paulo Freitas Pinto
Magali Pereira de Aguiar
Marcelo Spilki
Marlene Bronaut Carminatti
Marilene Lopes Cortes Meirelles
Nikolas Lippmann Pareschi
Nilton Donato
Orlandi Teixeira
Paulo Alfredo Lucena Borges
Pedro Thadeu Martins Contreira
Roberto Luiz da Luz Bertoncini
Roberto Pesavento
Roberval da Silveira Marques
Rogério da Silva Meira
Rodrigo de Queiroz Bragança Gil
Sérgio Luiz Buchmann
Tarcisio de Conto
Vera Rejane Goulart Gonçalves

AGRADECIMENTOS

No lançamento desta 3ª edição, impõe renovar os agradecimentos a todos àqueles que se envolveram diretamente na elaboração dos textos deste Manual, e também aos que contribuíram, em criterioso processo de atualização e revisão, para o aperfeiçoamento do seu conteúdo.

Nesta edição comemorativa ao aniversário de 65 anos da Contadoria e Auditoria-Geral do Estado, faz-se um agradecimento especial aos servidores que atuam na CAGE, sem os quais não teria sido possível disponibilizar a presente publicação, na certeza de que continuarão contribuindo, de maneira decisiva, para que o órgão de controle interno do Estado cumpra sua missão institucional.

APRESENTAÇÃO

A Contadoria e Auditoria-Geral do Estado – CAGE, órgão de controle interno do Estado do Rio Grande do Sul, regida pela Lei Complementar nº 13.451, de 26 de abril de 2010, foi criada pela Lei nº 521, de 28 de dezembro de 1948, e completa, portanto, 65 anos de existência neste ano de 2013.

Como parte da celebração de mais um ano de serviços prestados ao Estado, sempre visando à proteção do patrimônio público por meio de uma boa gestão dos recursos estatais, está sendo lançada a 3ª edição do Manual do Gestor Público. Fundamentada na premissa da maior efetividade do controle interno preventivo, a obra tem o propósito de oferecer a todos os envolvidos na gestão de recursos públicos uma fonte de consulta e orientação, com vistas à apropriada tomada de decisões no trato das finanças públicas, observadas as normas legais vigentes e os princípios aplicáveis à Administração Pública.

Nesta terceira edição, além da revisão e atualização dos capítulos já tratados nas edições anteriores, foram inseridas informações acerca de novos temas que interessam aos gestores públicos. Entre tais temas, cabe destacar os conteúdos sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, a contratação de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, e o Sistema de Registro de Preços, no capítulo sobre Licitações, bem como a elaboração de um novo capítulo versando sobre a Lei de Acesso à Informação – LAI.

Mais uma vez, é importante ressaltar que a presente obra não tem o intuito de esgotar os temas analisados. Em linhas gerais, busca descrever os principais aspectos teóricos e conceituais inerentes a cada um dos capítulos, dando ênfase, porém, a algumas questões de ordem prática e legal, com o foco na orientação ao gestor público, especialmente quanto à realização do gasto. A quase totalidade das normas mencionadas nos textos está disponível no *SINCAGE – Sistema de Informações da CAGE* (*www.legislacao.sefaz.rs.gov.br*), portal de legislação desenvolvido e mantido pela Divisão de Estudos e Orientação, à disposição dos gestores públicos estaduais.

Embora o presente Manual esteja direcionado especialmente ao gestor de órgãos e entidades do Estado do Rio Grande do Sul, o seu conteúdo também poderá se constituir em fonte de consulta aos demais gestores públicos, servidores em geral, professores, estudantes e profissionais de outras áreas que se relacionam com a Administração Pública.

Espera-se que, com o lançamento desta 3ª edição, a Contadoria e Auditoria-Geral do Estado – CAGE contribua para o aperfeiçoamento das instituições públicas e para o bom funcionamento das estruturas estatais, reafirmando uma história de 65 anos de compromisso com a realização e com a preservação do interesse público.

SUMÁRIO

Agradecimentos 5

Apresentação 7

1. GESTOR PÚBLICO

1.1 Definição 19
1.2 Legislação 19
1.3 Atribuições 19
1.4 Ordenador de Despesa 20
1.5 Delegação de Competência 20
1.6 Prestação de Contas, Último Ano de Gestão e Período Eleitoral 21
1.7 Responsabilidades 22
1.8 Perguntas e Respostas 24

2. PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS

2.1 Definição e Aplicação 25
2.2 Princípios Constitucionais 25
2.2.1 Princípio da Legalidade 25
2.2.2 Princípio da Impessoalidade 26
2.2.3 Princípio da Moralidade 26
2.2.4 Princípio da Publicidade 27
2.2.5 Princípio da Eficiência 27
2.2.6 Princípio da Legitimidade e Participação 27
2.2.7 Princípio da Razoabilidade 28
2.2.8 Princípio da Economicidade 29
2.2.9 Princípio da Motivação 29
2.3 Outros Princípios Reconhecidos 29
2.3.1 Princípio da Supremacia do Interesse Público 30
2.3.2 Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público 30
2.3.3 Princípio da Segurança Jurídica 30

3. ATOS ADMINISTRATIVOS

3.1 Definição 33
3.2 Requisitos do Ato Administrativo 33
3.2.1 Competência 33
3.2.2 Finalidade 33
3.2.3 Forma 34
3.2.4 Motivo (Teoria dos Motivos Determinantes) 34
3.2.5 Objeto 34
3.3 Atributos do Ato Administrativo 34

3.3.1 Imperatividade 34
3.3.2 Presunção de Legitimidade 35
3.3.3 Autoexecutoriedade 35
3.4 Espécies de Atos Administrativos 35
3.4.1 Atos Normativos 35
3.4.2 Atos Ordinatórios 35
3.4.3 Atos Negociais 35
3.4.4 Atos Enunciativos 35
3.4.5 Atos Punitivos 36
3.5 Classificação dos Atos Administrativos 36
3.5.1 Atos Gerais e Atos Individuais 36
3.5.2 Atos de Império e Atos de Gestão 36
3.5.3 Atos Vinculados e Atos Discricionários 36
3.5.4 Atos Simples, Atos Compostos e Atos Complexos 37
3.6 Formas de Extinção ou de Invalidação dos Atos Administrativos 37
3.6.1 Anulação 37
3.6.2 Revogação 37
3.6.3 Caducidade 38
3.6.4 Cassação 38
3.7 Convalidação dos Atos Administrativos 38

4. PODERES ADMINISTRATIVOS

4.1 Definição 39
4.2 Poder Vinculado 39
4.3 Poder Discricionário 39
4.4 Poder Hierárquico 40
4.5 Poder Disciplinar 40
4.6 Poder Regulamentar 41
4.7 Poder de Polícia 41

5. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

5.1 Definição e Considerações Gerais 43
5.2 Classificação 44
5.2.1 Administração Direta 44
5.2.2 Administração Indireta 44
5.3 Entidades da Administração Indireta 44
5.3.1 Autarquias 44
5.3.1.1 Agências Reguladoras 45
5.3.1.2 Agências Executivas 46
5.3.2 Fundações Públicas 46
5.3.3 Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista 47
5.3.4 Empresas Subsidiárias e Controladas 49
5.4 Consórcios Públicos 50
5.5 Entidades Paraestatais – Terceiro Setor 51
5.5.1 Serviços Sociais Autônomos 52
5.5.2 Organizações Sociais 52
5.5.3 Entidades ou Fundações de Apoio 53
5.5.4 Entidades Profissionais 54
5.5.5 Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP 54

6. SERVIÇOS PÚBLICOS

6.1 Definição e Considerações Gerais 59
6.2 Legislação 60

6.3 Formas de Delegação 60
6.3.1 Concessão Comum de Serviços Públicos 60
6.3.2 Permissão de Serviços Públicos 61
6.3.3 Autorização de Serviços Públicos 61
6.4 Princípios 61
6.4.1 Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos 61
6.4.2 Princípio da Modicidade das Tarifas 62
6.5 Características das Concessões e Permissões 62
6.6 Extinção das Concessões e Permissões 63
6.7 Parcerias Público-Privadas 64
6.7.1 Modalidades: Administrativa e Patrocinada 65
6.7.2 Semelhanças e Diferenças – Concessão Comum, Patrocinada e Administrativa 66

7. ORÇAMENTO PÚBLICO

7.1 Definição e Princípios 67
7.2 Legislação 68
7.3 Aspectos Gerais da Legislação 68
7.4 Plano Plurianual 70
7.5 Lei de Diretrizes Orçamentárias 72
7.6 Proposta Orçamentária 72
7.7 Dotação Orçamentária 73
7.8 Créditos Adicionais 77

8. PLANEJAMENTO NA GESTÃO PÚBLICA

8.1 Considerações Iniciais 81
8.2 Definição 82
8.3 Fases, Cronograma e Agenda 82
8.3.1. Fases 82
8.3.1.1. Fase Conceitual 82
8.3.1.2. Fase Operacional 82
8.3.2 Cronograma 83
8.3.3 Agenda 83
8.4 Recursos, Equipe e Sistemas de Suporte 85
8.5 Participação 86
8.6 Definição de Metas, Ações e Etapas 87
8.6.1 Metas 87
8.6.1.1 Quantitativos de Metas 87
8.6.2 Ações 88
8.6.3 Etapas 89
8.7 Procedimentos Mínimos Sugeridos 89
8.8 Controle 90

9. DESPESA PÚBLICA

9.1 Definição e Considerações Gerais 91
9.2 Legislação 92
9.3 Classificação 92
9.3.1 Quanto à Regularidade 92
9.3.2 Quanto ao Impacto Patrimonial 92
9.3.3 Quanto à Discricionariedade 92
9.3.4 Quanto à Natureza 93
9.4 Etapas da Despesa Orçamentária 94

9.4.1 Planejamento 94
9.4.2 Execução 95
9.4.3 Controle e Avaliação 97

10. RECEITA PÚBLICA

10.1 Definição e Considerações Gerais 99
10.2 Legislação 100
10.3 Previsão da Receita Orçamentária 100
10.4 Realização da Receita Orçamentária 100
10.5 Deduções da Receita Orçamentária 101
10.6 Classificação Econômica da Receita Orçamentária 101
10.7 Codificação da Receita Orçamentária 103
10.8 Controle da Receita 104
10.9 Vinculação de Receitas Orçamentárias 104
10.9.1 Recurso Orçamentário 104
10.9.2 Principais Vinculações Constitucionais 105
10.9.2.1 Receita Líquida Real (RLR) 105
10.9.2.2 Receita Corrente Líquida (RCL) 106
10.9.2.3 Receita Tributária Liquida (RTL) 106
10.9.2.4 Receita Líquida de Impostos e Transferências (RLIT) 107

11. LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

11.1 Definição e Considerações Gerais 109
11.2 Legislação 109
11.3 Planejamento 110
11.3.1 Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO 110
11.3.2 Lei Orçamentária Anual – LOA 110
11.3.3 Programação Financeira 110
11.4 Receita 111
11.4.1 Previsão da Receita 111
11.4.2 Realização da Receita 111
11.4.3 Renúncia de Receita 112
11.5 Despesa 112
11.5.1 Aumento de Despesa 112
11.5.2 Despesa Obrigatória de Caráter Continuado 112
11.5.3 Despesa com Pessoal 112
11.6 Transferências Voluntárias e Destinação de Recursos ao Setor Privado 113
11.7 Limites de Endividamento e Operações de Crédito 114
11.7.1 Limites para Endividamento 114
11.7.2 Operações de Crédito 115
11.7.3 Antecipação de Receita Orçamentária – ARO 115
11.7.4 Restos a Pagar 115
11.8 Gestão Patrimonial 115
11.9 Transparência e Controle da Gestão Fiscal 116

12. LICITAÇÃO

12.1 Definição e Considerações Gerais 119
12.2 Legislação 120
12.3 Requisitos 120
12.4 Princípios 121
12.5 Hipóteses de Não Realização da Licitação 121

12.5.1 Licitação Inexigível 122
12.5.2 Licitação Dispensável 123
12.5.3 Licitação Dispensada 125
12.5.4 Requisitos Gerais para Dispensa e Inexigibilidade de Licitação 125
12.5.5 Cotação eletrônica 126
12.6 Tipos 126
12.7 Modalidades 127
12.8 Tratamento Diferenciado em Licitações – Microempresas e Empresas de Pequeno Porte 129
12.8.1 Regras Instituidoras de Preferência de Contratação para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte 129
12.8.2 Licitações com Regras Diferenciadas para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte 130
12.9 Procedimento Licitatório 130
12.9.1 Fase Interna 130
12.9.2 Fase Externa 131
12.10 Sistema de Registro de Preços 132
12.10.1 Vantagens do SRP 133
12.10.2 Implantação do SRP 133
12.10.3 Contratação via SRP 133
12.10.4 Adesão a Atas de Registro de Preços 133
12.10.5 Pontos Críticos do SRP 134
12.11 Recursos Administrativos 134
12.12 Anulação e Revogação da Licitação 135
12.13 Crimes Licitatórios 135
12.14 Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC 136
12.14.1 Introdução 136
12.14.2 Abrangência 136
12.14.3 Objetivos 136
12.14.4 Diretrizes 137
12.14.5 Inovações à Lei Geral de Licitações 137

13. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

13.1 Definição 139
13.2 Legislação 139
13.3 Modalidades de Contratos Administrativos 139
13.4 Regime Jurídico e Cláusulas dos Contratos Administrativos 140
13.5 Garantia Contratual 141
13.6 Formalização dos Contratos 142
13.7 Execução do Contrato 142
13.8 Duração e Prorrogação dos Contratos 144
13.9 Alteração dos Contratos 144
13.10 Formas de Manutenção do Valor e da Equação Econômico-Financeira do Contrato 145
13.11 Extinção, Inexecução e Rescisão do Contrato 146
13.12 Sanções Administrativas 148
13.13 Pontos de Controle 148

14. CONVÊNIOS

14.1 Definição e Considerações Gerais 151
14.2 Legislação 152
14.3 Habilitação, Celebração e Formalização do Convênio 152
14.4 Execução do Convênio 154
14.5 Prestação de Contas 155
14.5.1 Prestação de Contas Parcial 155

14.5.2 Prestação de Contas Final 156
14.6 Cadastro para Habilitação em Convênios do Estado 156
14.7 Módulo de Convênios 156
14.8 Pontos de Controle 157
14.9 Perguntas e Respostas 157

15. PESSOAL

15.1 Definição de Servidor Público 161
15.2 Legislação 162
15.3 Regimes Jurídicos 162
15.4 Formas de Ingresso no Serviço Público 163
15.5 Cargo, Emprego, Função Pública e Contrato Temporário 163
15.6 Formas de Provimento de Cargo e Emprego Público 164
15.6.1 Provimento de Cargo Público 164
15.6.2 Provimento de Emprego Público 164
15.7 Nomeação, Posse, Exercício e Lotação 165
15.8 Estabilidade e Estágio Probatório 165
15.9 Promoção 166
15.10 Formas de Vacância de Cargo Público 166
15.11 Vencimento, Remuneração, Salário, Provento e Subsídio 167
15.12 Indenizações 168
15.13 Servidores Cedidos 168
15.14 Servidores Adidos 169
15.15 Desvio de Função 170
15.16 Acúmulo de Cargo, Emprego e Função 170
15.17 Afastamentos Legais 171
15.18 Gratificação e Abono de Permanência 171
15.19 Regras Específicas para Empregados Públicos 172
15.20 Atos Administrativos de Pessoal 173
15.21 Sindicância e Processo Administrativo Disciplinar 173

16. TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA

16.1 Considerações Gerais e Definição 175
16.2 Legislação 175
16.3 Hipóteses, Vedação e Referências Jurisprudenciais 175
16.4 Responsabilidade Solidária ou Subsidiária 177
16.5 Contratação de Cooperativas de Trabalho 178
16.6 Ação do Ministério Público 180
16.7 Aspecto da Economicidade e dos Preços 180
16.8 Orientações do Órgão de Controle Interno 181

17. DIÁRIAS

17.1 Definição 183
17.2 Legislação 183
17.3 Concessão 183
17.4 Tipos de Diárias 184
17.5 Pagamento de Diárias 184
17.5.1 Formas de Pagamento 184
17.5.2 Modalidades de Diárias Quanto ao Valor 185
17.5.3 Tabela de Pagamentos 185
17.6 Ressarcimento de Despesas com Alimentação 186

17.7 Prestação de Contas 186
17.7.1 Prazos 186
17.7.2 Formalização do Processo 186
17.7.3 Pontos de Controle 186
17.8 Sanções 187
17.9 Perguntas e Respostas 187

18. AJUDA DE CUSTO

18.1 Definição 189
18.2 Legislação 189
18.3 Requisitos para a Concessão e Vedações 189
18.4 Valores Devidos 190
18.5 Prestação de Contas 190
18.6 Responsabilidades e Sanções 190
18.7 Perguntas e Respostas 190

19. BENS PÚBLICOS

19.1 Definição e Classificação dos Bens Públicos 193
19.2 Legislação 193
19.3 Responsabilidade Patrimonial 194
19.4 Registro dos Bens 194
19.5 Incorporação de Bens 195
19.5.1 Aquisição 195
19.5.2 Doação 196
19.5.3 Construção, Confecção ou Produção Própria 196
19.5.4 Permuta 196
19.5.5 Dação em Pagamento 196
19.5.6 Adjudicação 196
19.6 Baixa de Bens 196
19.6.1 Baixa por Alienação 196
19.6.2 Baixa por Falta de Utilidade 198
19.6.3 Baixa por Perda 198
19.7 Movimentação de Bens e Uso de Bens Particulares 198
19.7.1 Transferências Internas 199
19.7.2 Manutenção ou Conserto 199
19.7.3 Cessão de Uso 199
19.7.4 Uso de Bens Particulares 199
19.8 Inventário 199
19.8.1 Aspectos Gerais 199
19.8.2 Ata de Inventário e Outros Documentos 200
19.8.3 Inventário de Bens Móveis 200
19.8.4 Inventário de Bens Imóveis 200
19.8.5 Falta de Bens 200
19.8.6 Avaliação do Bem a Ser Ressarcido 201
19.9 Almoxarifado 202

20. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

20.1 Definição 203
20.2 Legislação 203
20.3 Tipos de Responsabilidade 203
20.4 Evolução Histórica 203

20.4.1 Irresponsabilidade do Estado 203
20.4.2 Teoria da Responsabilidade Subjetiva 203
20.4.3 Teoria da Responsabilidade Objetiva 204
20.5 Elementos ou Pressupostos da Responsabilidade Civil Objetiva 204
20.6 Excludentes ou Atenuantes 204
20.7 Responsabilidade por Omissão 205
20.8 Sujeitos da Responsabilidade Civil 205
20.9 Indenização 205
20.10 Ação de Regresso 206
20.11 Responsabilidade – Funções do Estado 206
20.12 Pontos de Controle 206

21. PRESCRIÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

21.1 Definição e Considerações Gerais 207
21.2 Legislação 207
21.3 Prescrição na Administração Pública Direta e Indireta 207
21.4 Suspensão e Interrupção da Prescrição 208
21.5 Prescrição do Direito da Administração Pública 208
21.5.1 Créditos Não Tributários 208
21.5.2 Ressarcimento de Danos Causados ao Erário 209
21.5.3 Sanções Disciplinares aos Servidores 209
21.5.4 Anulação dos Atos Administrativos que Produziram Efeitos Favoráveis aos Administrados 210
21.5.5 Créditos Tributários 210
21.6 Prescrição do Direito do Administrado 211
21.6.1 Regra Geral 211
21.6.2 Ações Indenizatórias Contra a Administração Pública 212

22. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA E RETENÇÃO DE TRIBUTOS NA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS

22.1 Definição e Considerações Gerais 213
22.2 Imposto de Renda Retido na Fonte de Pessoa Física e Imposto de Renda Retido na Fonte de Pessoa Jurídica 214
22.2.1 Legislação 214
22.2.2 Serviços Prestados por Pessoa Física Sujeitos à Retenção na Fonte 214
22.2.3 Serviços Prestados por Pessoa Jurídica Sujeitos à Retenção na Fonte 214
22.2.4 Casos de Dispensa de Retenção 214
22.2.5 Fato Gerador e Base de Cálculo para Retenção 215
22.2.6 Prazos e Forma de Recolhimento 215
22.2.7 Solidariedade 215
22.2.8 Cumprimento das Obrigações Acessórias 215
22.3 PIS/PASEP, COFINS e CSLL 216
22.3.1 Legislação e Considerações Gerais 216
22.3.2 Serviços Sujeitos à Retenção na Fonte 216
22.3.3 Casos de Dispensa de Retenção 216
22.3.4 Base de Cálculo e Alíquotas para Retenção 216
22.3.5 Prazos e Forma de Recolhimento 216
22.3.6 Cumprimento das Obrigações Acessórias 216
22.4 Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza 217
22.4.1 Legislação e Considerações Gerais 217
22.4.2 Serviços Sujeitos à Retenção na Fonte 217
22.4.3 Fato Gerador e Base de Cálculo 217
22.4.4 Casos de Dispensa de Retenção 218

22.4.5 Cumprimento de Obrigações Acessórias 218
22.5 Contribuições Destinadas à Previdência Social/INSS 218
22.5.1 Legislação e Considerações Gerais 218
22.5.2 Serviços Sujeitos à Retenção na Fonte e Percentual Aplicável 218
22.5.3 Base de Cálculo 219
22.5.4 Casos de Dispensa de Retenção 219
22.5.5 Retenção na Construção Civil 220
22.5.6 Solidariedade e Responsabilidade Pessoal 220
22.5.7 Prazo e Forma de Recolhimento e Obrigações Acessórias 221

23. TOMADA DE CONTAS

23.1 Definição e Considerações Gerais 223
23.2 Legislação 223
23.3 Tomada de Contas de Exercício ou Gestão 224
23.3.1 Conceito e Abrangência 224
23.3.2 Organização do Processo 224
23.3.3 Prazo de Entrega 225
23.3.4 Julgamento 225
23.4 Tomada de Contas Especial 226
23.4.1 Conceito e Objetivo 226
23.4.2 Instauração e Instrução 226
23.4.3 Prazo de Entrega e Julgamento 227
23.5 Perguntas e Respostas 228

24. ADIANTAMENTO DE NUMERÁRIO

24.1 Definição e Considerações Gerais 229
24.2 Legislação 229
24.3 Despesas Permitidas 230
24.4 Condições para a Concessão e Limites Máximos 230
24.5 Aplicação do Numerário 231
24.6 Prestação de Contas 231
24.7 Penalidades e Baixa de Responsabilidade 232
24.8 Perguntas e Respostas 233

25. DÍVIDA PÚBLICA

25.1 Definição 235
25.2 Legislação 235
25.3 Evolução 235
25.4 Dívida Fundada 236
25.4.1 Dívida Consolidada Líquida 236
25.4.2 Dívida Fundada Interna e Externa 236
25.4.3 Dívida Fundada Intralimite e Extralimite 236
25.4.4 Precatórios 236
25.5 Dívida Flutuante 237
25.6 Dívida Mobiliária 237
25.7 Contrato de Refinanciamento 237
25.8 Concessão de Garantia 238
25.9 Operação de Crédito 238
25.10 Glossário 238

26. CADIN/RS

26.1 Definição e Considerações Gerais 241

26.2 Legislação 241
26.3 Requisitos 241
26.3.1 Pendências Incluídas no CADIN/RS 241
26.3.2 Impedimentos do CADIN/RS 242
26.3.3 Não Aplicação dos Efeitos do CADIN/RS 242
26.3.4 Inclusão e Exclusão 243
26.3.5 Suspensão 243
26.3.6 Consulta ao Cadastro 243
26.4 Encontro de Contas 244
26.5 Responsabilidades 244

27. CFIL/RS

27.1 Definição e Considerações Gerais 245
27.2 Legislação 245
27.3 Requisitos 245
27.3.1 Hipóteses de Inclusão no CFIL/RS 245
27.3.2 Obrigatoriedade da Consulta 246
27.4 Responsabilidades 246
27.5 Penalidades 247
27.5.1 Suspensão Temporária de Licitar e Contratar 247
27.5.2 Declaração de Inidoneidade 247
27.6 Procedimentos e Operacionalização 248
27.7 Fluxograma 248
27.8 Perguntas e Respostas 248

28. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

28.1 Definição 251
28.2 Legislação 251
28.3 Sujeitos do Ato de Improbidade 251
28.3.1 Sujeito Ativo 251
28.3.2 Sujeito Passivo 252
28.4 Atos de Improbidade 252
28.4.1 Atos que Geram Enriquecimento Ilícito 252
28.4.2 Atos que Causam Prejuízo ao Erário 252
28.4.3 Atos que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública 253
28.5 Sanções 253
28.6 Procedimentos 254
28.7 Prescrição 255

29. LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO

29.1 Considerações Iniciais 257
29.2 Regras Gerais e Garantias do Direito de Acesso 258
29.3 Regras sobre a Divulgação Ativa 258
29.4 Transparência Passiva 259
29.5 Da Classificação da Informação como Sigilosa 260
29.6 A Recusa de Acesso 261

1. GESTOR PÚBLICO

Sumário: 1.1 Definição - **1.2** Legislação - **1.3** Atribuições - **1.4** Ordenador de Despesa - **1.5** Delegação de Competência - **1.6** Prestação de Contas, Último Ano de Gestão e Período Eleitoral - **1.7** Responsabilidades - **1.8** Perguntas e Respostas.

1.1 DEFINIÇÃO

À luz de um conceito sucinto, pode-se definir o gestor público ou administrador público como aquele que é designado, eleito ou nomeado formalmente, conforme previsto em lei e/ou em regulamento específico, para exercer a administração superior de órgão ou entidade integrante da Administração Pública. Saliente-se que a administração superior compreende todas as atividades relacionadas à definição de políticas e metas de atuação do ente público, bem como à tomada de decisões, visando ao atendimento dos objetivos e das finalidades definidas nas normas legais reguladoras da sua atuação.

Além disso, a administração a ser exercida pelo gestor deve zelar pela correta aplicação e pelo eficiente gerenciamento dos recursos públicos, na forma da lei, sendo imperioso, ainda, observar a supremacia do interesse público e os princípios aplicáveis à Administração Pública, em especial os relacionados no artigo 37 da Constituição Federal de 1988 e no artigo 19 da Constituição Estadual de 1989, tais como legalidade, moralidade, impessoalidade, economicidade e eficiência.

1.2 LEGISLAÇÃO

- Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988
- Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, de 1989
- Lei Complementar Federal nº 101, de 04 de maio de 2000
- Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964
- Lei Federal nº 8.429, de 02 de junho de 1992
- Lei Federal nº 9.504, de 30 de setembro de 1997
- Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967
- Lei Estadual nº 11.424, de 06 de janeiro de 2000.

1.3 ATRIBUIÇÕES

Como regra, é possível afirmar que as atribuições do gestor público estão todas expressamente definidas em lei e/ou em regulamento específico de cada órgão ou entidade administrada. Existem, contudo, atribuições que são comuns e extensivas a todos os gestores, independentemente da especificidade do órgão ou da entidade, pois derivam de normas e princípios gerais aplicáveis a todos os entes públicos ou se revelam inerentes à própria atividade desempenhada pelo gestor público.

Dentre as atribuições comuns e extensivas a todos os gestores, destacam-se as seguintes:

- exercer a administração superior do ente público, definindo as suas diretrizes e metas de atuação, bem como proceder à tomada de decisões voltadas ao atendimento das suas finalidades;
- prestar contas, anualmente, de sua gestão, por intermédio de um processo de tomada de contas a ser julgado pelo Tribunal de Contas e por outros meios definidos em regulamento próprio do ente público;
- autorizar a realização da despesa pública, a qual, quando se tratar da Administração Pública Direta e suas Autarquias e Fundações, estará condicionada à devida autorização do gestor e ao prévio empenho, em que é reservada dotação consignada em lei orçamentária para o pagamento de obrigação decorrente de lei, contrato ou ajuste firmado pelo ente público;

- ordenar o pagamento da despesa pública, o que, no caso da Administração Pública Direta, suas Autarquias e Fundações, deverá ser precedido do devido gravame de empenho, bem como da liquidação da despesa, que consiste na verificação do efetivo direito do credor, tendo como base os documentos comprobatórios do respectivo crédito;
- exercer, na condição de administrador, o acompanhamento e o controle, em termos físicos e financeiros, da execução do orçamento e dos programas de trabalho do ente público, verificando, diretamente ou por suas chefias de confiança, a legalidade dos atos de gestão praticados e o cumprimento das metas e regras estabelecidas;
- responsabilizar-se por uma gestão fiscal que assegure o equilíbrio das contas do ente público, prevenindo riscos ou evitando desvios que resultem em déficit de natureza orçamentária, financeira ou de resultado;
- zelar pela salvaguarda e proteção dos bens, direitos e valores de propriedade do ente público;
- autorizar a celebração de contratos, convênios e ajustes congêneres, atendendo aos interesses e às finalidades do ente público, bem como homologar processos licitatórios realizados e prestações de contas de convênios;
- determinar, quando da ocorrência de dano ao erário ou da prática de infração funcional, a instauração, conforme o caso, de sindicância, inquérito, processo administrativo-disciplinar ou tomada de contas especial, devendo esta ser encaminhada ao Tribunal de Contas;
- promover a administração de pessoal, autorizando, se previsto em norma legal ou regulamento, a contratação, nomeação, designação, demissão ou exoneração de servidores, bem como atestando a efetividade dos servidores e responsabilizando-se pela aplicação de penalidades previstas em norma, em razão da prática de infrações funcionais.

1.4 ORDENADOR DE DESPESA

Tendo em conta o disposto nos artigos 84 da Lei Federal nº 4.320/64 e 80 do Decreto-Lei nº 200/67, ordenador de despesa é o agente público, formalmente designado, eleito ou nomeado por autoridade pública competente, que se constitui, nos termos da lei ou de regulamento específico, no responsável pela administração superior do ente público e de cujos atos de gestão resultem a utilização, a arrecadação, a guarda, o gerenciamento ou a administração de dinheiros, bens e valores públicos pelos quais o ente responda ou que, em nome deste, assuma obrigações de natureza pecuniária. O ordenador de despesas está sujeito à prestação de contas de sua gestão, por meio do chamado processo de tomada de contas de exercício, o qual é submetido ao devido julgamento pelo Tribunal de Contas do Estado – TCE.

Consoante entendimento do TCE e com base na interpretação da legislação pertinente, tem-se admitido a existência de duas categorias de ordenador de despesa, quais sejam: o originário ou primário e o derivado ou secundário. O primeiro é aquele que possui poderes e atribuições definidas em lei ou regulamento para autorizar a realização das despesas do ente administrado; constitui-se na autoridade máxima do ente público, detentora de atribuições exclusivas e que têm origem em lei, e, por isso, seu poder ordenatório é reconhecido como primário ou originário. Nessa categoria, incluem-se os secretários de Estado e os presidentes de autarquias, de fundações e de sociedades de economia mista.

Em contrapartida, considera-se ordenador de despesa derivado ou secundário aquele que, por ato de delegação de poderes emanados do ordenador de despesa originário ou primário, assume atribuições deste quanto à ordenação de despesas. Nessa categoria, podem enquadrar-se os secretários adjuntos, os chefes de departamento e os diretores de entidades públicas.

1.5 DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA

A delegação de competência, prevista no Decreto-Lei nº 200/67 (artigos 11 e 12), constitui-se em um instrumento de descentralização administrativa, pelo qual o ordenador de despesa originário ou principal, por intermédio de um ato formal, delega (transfere) seus poderes, no todo ou em parte, a outro agente público, chamado de ordenador de despesa derivado ou secundário, para que este passe a exercer funções de administração superior, normalmente relacionadas à ordenação da despesa do ente público.

Ressalte-se que, no ato formal de delegação, deverão constar, obrigatoriamente e de forma objetiva, os nomes da autoridade delegante e da autoridade delegada, as atribuições que estão sendo delegadas e a men-

ção de que, por se tratar de um ato administrativo de efeitos internos e externos, estará sujeito à publicação no Diário Oficial do Estado para conhecimento dos administrados e para que possa produzir os efeitos cabíveis. Consequentemente, somente após a publicação do ato formal de delegação é que as atividades delegadas poderão ser exercidas, de direito, e serão consideradas válidas e eficazes. Para efeito de julgamento da gestão pelo TCE, cabe enfatizar, contudo, que a existência de um ato regular de delegação de competência, em especial o atinente à arrecadação da receita e à execução da despesa, não implica a transferência de responsabilidade para o agente público delegado – ordenador de despesa derivado ou secundário. Nos termos do artigo 93 do Regime Interno do TCE e conforme decisões desse Tribunal, é considerada pessoal a responsabilidade do administrador relativamente aos atos e fatos de sua gestão, sendo ele, nesses moldes, a autoridade responsável perante o Tribunal de Contas no julgamento da respectiva tomada de contas. O ordenador de despesa originário ou primário terá, no entanto, o direito de ação de regresso contra o ordenador de despesa derivado ou secundário, quando este extrapolar os limites da delegação ou praticar ato julgado irregular.

1.6 PRESTAÇÃO DE CONTAS, ÚLTIMO ANO DE GESTÃO E PERÍODO ELEITORAL

Todo gestor público possui o dever de prestar contas de sua gestão por força de diversos mandamentos constitucionais em nível federal e estadual. Tais mandamentos, de primeiro, preveem (artigos 70 da Constituição Federal e 75 e 76 da Constituição Estadual do Rio Grande do Sul) um sistema coordenado e integrado de fiscalização das contas públicas, por intermédio do Poder Legislativo, do Tribunal de Contas e de Órgão de Controle Interno, e, em segundo, estabelecem (parágrafo único do artigo 70 da Constituição Federal e da Constituição Estadual) a exigência da prestação de contas por parte de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais o Poder Público responda, ou que, em nome deste, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Todos os atos praticados pelo gestor público, no exercício de sua gestão, que impliquem a cobrança e a arrecadação da receita ou a administração e a aplicação de recursos públicos (bens, dinheiros e valores) estão sujeitos à devida prestação de contas, a qual dar-se-á, de modo mais efetivo, mediante a fiscalização exercida pelos órgãos competentes: Poder Legislativo, Ministério Público, Tribunal de Contas e Órgão de Controle Interno, sendo este, no Estado do RS, exercido pela Contadoria e Auditoria-Geral do Estado – CAGE.

Além disso, o gestor público tem a obrigação, perante o cidadão, de divulgar e dar publicidade, de forma ampla e transparente, às ações e às políticas governamentais adotadas e em desenvolvimento. Isso garante uma maior efetividade ao instituto da prestação de contas, bem como ao controle social da gestão pública.

De outro norte, cumpre assinalar que existem regras específicas a serem observadas pelo gestor público no seu último ano de gestão. Essas regras, em síntese, estão descritas a seguir:

- Não é admissível, nos 180 dias anteriores ao final da gestão/mandato, a expedição de qualquer ato que implique o aumento da despesa total de pessoal (artigo 21 da Lei Complementar Federal nº 101/2000 e artigo 359-G do Código Penal).
- Não poderá (o gestor), nos dois últimos quadrimestres da gestão/mandato, autorizar que seja contraída obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro do exercício, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte, sem a suficiente disponibilidade de caixa (artigo 42 da Lei Complementar nº 101/2000 e artigos 359-B, 359-C e 359-F do Código Penal, com redação dada pela Lei Federal nº 10.028/2000).

No tocante ao chamado período eleitoral, existem diversas condutas de agentes públicos vedadas pela legislação eleitoral (Lei Federal nº 9.504/97, artigo 73), as quais devem ser observadas também pelo gestor. Em suma, consideram-se como condutas vedadas:

I – ceder ou usar, em benefício de candidato, partido político ou coligação, bens móveis ou imóveis pertencentes à Administração Direta ou Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, ressalvada a realização de convenção partidária;

II – usar materiais ou serviços, custeados pelos Governos ou pelas Casas Legislativas, que excedam as prerrogativas consignadas nos regimentos e nas normas dos órgãos que integram;

III – ceder servidor público ou empregado da Administração Direta ou Indireta federal, estadual ou municipal do Poder Executivo, ou usar de seus serviços, para comitês de campanha eleitoral de candidato, partido político ou coligação, durante o horário de expediente normal, salvo se o servidor ou empregado estiver licenciado;

IV – fazer ou permitir uso promocional em favor de candidato, partido político ou coligação, de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social, custeados ou subvencionados pelo Poder Público;

V – nomear, contratar ou, de qualquer forma, admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou, por outros meios, dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, *ex officio*, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados os seguintes casos:

a) nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de funções de confiança;
b) nomeação para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais ou Conselhos de Contas e dos órgãos da Presidência da República;
c) nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo;
d) nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo;
e) transferência ou remoção *ex officio* de militares, policiais civis e agentes penitenciários;

VI – nos três meses que antecedem o pleito:

a) realizar transferência voluntária de recursos da União aos Estados e Municípios, e dos Estados aos Municípios, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado e os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública;
b) com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, dos programas, das obras, dos serviços e das campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da Administração Indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral;
c) fazer pronunciamento em cadeia de rádio e televisão fora do horário eleitoral gratuito, salvo quando, a critério da Justiça Eleitoral, tratar-se de matéria urgente, relevante e característica das funções de governo;
d) realizar inaugurações mediante a contratação de shows artísticos pagos com recursos públicos;
e) participar de inaugurações de obras públicas, em caso de candidatos a cargos do Poder Executivo, sendo, na inobservância dessa norma, o infrator sujeito à cassação do registro.

VII – realizar, em ano de eleição, despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da Administração Indireta, que excedam a média dos gastos nos três últimos anos que antecedem o pleito ou do último ano imediatamente anterior à eleição;

VIII – fazer, na circunscrição do pleito, revisão geral da remuneração dos servidores públicos que exceda a recomposição da perda de seu poder aquisitivo ao longo do ano da eleição;

IX – no ano em que se realizar eleição, distribuir gratuitamente bens, valores ou benefícios, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa.

1.7 RESPONSABILIDADES

Com base no ordenamento jurídico-legal em vigor, é possível afirmar que o agente público, em um conceito amplo que abrange o gestor, está sujeito a ser responsabilizado por todos os atos, praticados no exercício de sua função pública, que, porventura, acarretarem violação à norma ou à obrigação jurídica ou prejuízo ao erário. São previstas, para tais atos, determinadas esferas de responsabilização, cuja classificação é a seguinte: administrativa, civil, penal e decorrente da prática de ato de improbidade administrativa.

Esclareça-se que esses níveis de responsabilização são independentes e autônomos entre si; ou seja, determinado ato praticado pelo gestor poderá ensejar, por exemplo, apenas sua responsabilidade administrativa e civil.

No campo da responsabilidade administrativa, o gestor poderá ser responsabilizado quando, da prática de seus atos, resultar a ocorrência de um determinado ilícito administrativo, podendo este ser definido como uma conduta (ação ou omissão) emanada de um agente público que se configura contrária às normas legais vigentes e passível de imposição de penalidades, inclusive de caráter pecuniário (multa).

Essa espécie de responsabilidade está intrinsecamente relacionada ao não cumprimento de leis e atos normativos internos (decretos, ordens de serviço etc.), bem como de obrigações e deveres preestabelecidos em ajustes. Em regra, a responsabilidade administrativa do gestor vincula-se ao cometimento de infrações administrativas estatutárias, ou contrárias às finanças públicas (artigo 5º da Lei Federal nº 10.028/2000), e à inobservância de formalidades de natureza orçamentária, operacional, financeira e administrativa, enfocadas e analisadas sob os aspectos da legalidade, da legitimidade, da economicidade, da eficiência e da eficácia.

A aplicação dessa responsabilidade administrativa, bem como a sua concretização, poderá se dar pela atuação da própria Administração do ente público envolvido, e também, principalmente, pelos chamados órgãos de controle e fiscalização interna e externa, instituídos e com competências definidas nas Constituições Federal e Estadual.

Nesse sentido, os chamados ilícitos administrativos que vierem a ser identificados pelas auditorias e inspeções dos referidos órgãos de controle serão submetidos a julgamento pelo Tribunal de Contas do Estado – TCE, detentor, para tanto, da competência constitucional (artigo 71, II, da Constituição Federal) e legal (artigo 33 da Lei Estadual nº 11.424/2000). Este irá determinar e delimitar, nos termos de seu Regimento Interno, em processo administrativo denominado de tomada de contas, eventual responsabilidade administrativa do gestor público. Caso o mencionado Tribunal julgue que o gestor é responsável pelo ilícito administrativo ocorrido, ser-lhe-á aplicada uma penalidade correspondente a uma multa e/ou à devolução do valor equivalente ao prejuízo sofrido pelo ente público.

Na esfera da responsabilidade civil, o gestor estará sujeito a reparar/indenizar eventual dano/prejuízo causado por ele ao ente público ou mesmo a terceiro, quando atuar (por ação ou omissão), no exercício de sua função pública, de forma dolosa ou culposa. Esse tipo de responsabilização tem caráter nitidamente patrimonial e decorre de disposição geral e expressa da Constituição Federal (artigo 37, § 6º) e do Código Civil de 2002 (artigo 927), o qual define que "todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que de ordem moral, comete ato considerado ilícito e deve repará-lo".

Quando, portanto, da prática de um ato de gestão, de forma dolosa (intencionalmente) ou culposa (por negligência ou imprudência), resultar um efetivo prejuízo ao ente público administrado ou a um terceiro qualquer (pessoa física ou jurídica), será o gestor responsabilizado civilmente e deverá indenizar pelo resultado danoso.

Há, ainda, a chamada responsabilidade penal ou criminal, que decorre da prática de um determinado crime, assim definido por lei. Desse modo, quando o ato de gestão implicar uma conduta expressamente descrita pela lei como um tipo penal (crime), o gestor estará sujeito a ser responsabilizado no âmbito criminal.

Em regra, os crimes praticados por agentes públicos no exercício de sua função estão previstos no Código Penal, no capítulo que trata dos Crimes Contra a Administração Pública e, particularmente, no capítulo Dos Crimes Contra as Finanças Públicas. Existem, no entanto, leis especiais que também criminalizam certas condutas relacionadas à gestão pública, como, por exemplo, a Lei de Licitações (Lei Federal nº 8.666/93) e a Lei Federal nº 1.079/50.

Por fim, destaca-se a responsabilidade passível de ser atribuída ao gestor público, quando considerado agente público, em razão da prática de ato de improbidade administrativa, nos termos estabelecidos na Lei Federal nº 8.429/92, cuja abordagem é feita em um capítulo específico deste Manual.

A título de informação, entretanto, cumpre assinalar que a mencionada lei federal descreve uma série de atos considerados improbidade administrativa, os quais são classificados como aqueles que importam em enriquecimento ilícito do agente público, causam prejuízo ao erário e atentam contra os princípios da Administração Pública. Restaram definidas pela Lei de Improbidade Administrativa as seguintes penalidades ou sanções ao gestor: perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; ressarcimento integral do dano; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil; proibição de contratar com o Poder Público e de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

1.8 PERGUNTAS E RESPOSTAS

1. Qual é a responsabilidade do gestor quando assume a administração de um órgão público ou de uma entidade pública? E quem responde pelos atos de gestão praticados em administrações anteriores?

A autoridade máxima do órgão ou da entidade, na condição de ordenador de despesa, é responsável, a partir de sua designação (eleição ou nomeação), por todos os atos de sua gestão, englobando, em síntese, a gestão orçamentária (execução orçamentária da despesa e da receita), a gestão financeira (administração e controle das disponibilidades financeiras), a gestão patrimonial (administração, conservação e controle dos bens móveis e imóveis), a gestão operacional (operações realizadas de forma eficiente e eficaz, de modo a atingir os seus fins sociais) e a gestão administrativa (administração e controle de pessoal e dos contratos e convênios celebrados). A gestão deverá observar, obrigatoriamente, os princípios aplicáveis à Administração Pública, tais como, e notadamente, o da legalidade, o da economicidade, o da moralidade, o da eficiência e o da motivação.

No que concerne aos atos praticados em gestões anteriores, a responsabilidade é atribuída ao ordenador de despesa à época dos referidos atos, o qual será submetido ao julgamento do Tribunal de Contas, em processo de tomada de contas de exercício. Quando, porém, a solução ou a evitabilidade da manutenção de alguma irregularidade, decorrente de um ato de gestão do passado, depender de uma providência de iniciativa do atual gestor, este poderá vir a ser responsabilizado na hipótese de não adotar a providência cabível para o caso.

2. Qual é a responsabilidade dos Secretários de Estado em relação aos atos de gestão praticados no âmbito dos órgãos e das entidades vinculados à sua Secretaria?

Consoante prescrito no artigo 90, inciso I, da Constituição Estadual de 1989, compete aos Secretários de Estado a coordenação, a orientação e a supervisão dos órgãos e das entidades da Administração Estadual compreendidos na área de atuação da respectiva Secretaria. Dessa forma, sempre que o Secretário de Estado tiver ciência de algum ato de gestão irregular, praticado no âmbito de um desses órgãos ou entidades, deverá, sob pena de eventual responsabilização por omissão, diligenciar e adotar todas as providências administrativas necessárias para que a irregularidade seja corrigida ou evitada, bem como para que sejam apuradas eventuais responsabilidades.

3. O gestor do órgão ou da entidade pode delegar competência a um diretor ou a outro servidor para praticar atos de gestão, inclusive para o efeito de ordenar despesas públicas?

O Secretário de Estado e o Presidente da entidade constituem-se nos chamados ordenadores de despesa originários ou primários, respondendo, portanto, pelas ações e pelos atos da respectiva gestão. Não havendo restrições legais nem normativas para a delegação (previstas em lei específica de criação do ente, em estatuto social, ou em outro ato normativo), a autoridade máxima do órgão ou da entidade poderá delegar, nos termos do artigo 12, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 200/67, a um diretor ou mesmo a outro servidor a autorização de todas as despesas ou de apenas alguma despesa, sem limites ou com limites especificados.

No referido caso, tal servidor será considerado ordenador de despesa derivado ou secundário. Para o efeito de julgamento da gestão pelo TCE, contudo, a existência de um ato regular de delegação de competência não implica a transferência de responsabilidade para o agente público delegado – ordenador de despesa derivado ou secundário —, eis que, nos termos do artigo 93 do Regime Interno do TCE e conforme decisões desse Tribunal de Contas, é considerada pessoal a responsabilidade do administrador relativamente aos atos e fatos de sua gestão. Nesses moldes, a autoridade responsável perante o Tribunal de Contas, no julgamento da respectiva tomada de contas, será o ordenador de despesas primário. No entanto, ele terá o direito de ação de regresso contra o ordenador de despesa derivado ou secundário, quando este extrapolar os limites da delegação ou praticar ato julgado irregular.

Registre-se que, para fins de formalização dessa delegação de competência, deverá ser editada pelo ordenador de despesa originário uma portaria para essa finalidade específica, a qual deverá ser publicada no Diário Oficial do Estado e encaminhada à CAGE, que providenciará o seu registro no chamado Sistema de Finanças Públicas Estaduais/Sistema de Administração Financeira do Estado – AFE/FPE.

2. PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS

Sumário: 2.1 Definição e Aplicação – **2.2** Princípios Constitucionais – **2.2.1** Princípio da Legalidade – **2.2.2** Princípio da Impessoalidade – **2.2.3** Princípio da Moralidade – **2.2.4** Princípio da Publicidade – **2.2.5** Princípio da Eficiência – **2.2.6** Princípio da Legitimidade e Participação – **2.2.7** Princípio da Razoabilidade – **2.2.8** Princípio da Economicidade – **2.2.9** Princípio da Motivação – **2.3** Outros Princípios Reconhecidos – **2.3.1** Princípio da Supremacia do Interesse Público – **2.3.2** Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público – **2.3.3** Princípio da Segurança Jurídica.

2.1 DEFINIÇÃO E APLICAÇÃO

Os princípios administrativos são normas que orientam a atuação da Administração Pública e caracterizam-se por apresentarem um maior grau de abstração, no que se diferem das regras legais específicas, as quais têm como característica um maior grau de concretude e objetividade.

Os princípios, em sendo normas que indicam fins a serem alcançados, reclamam a prática de condutas que os realizem. Em razão disso, eles criam para a Administração o dever de adotar comportamentos aptos a produzirem determinados resultados. Essa é a chamada função diretiva dos princípios.

Os princípios também são diretrizes para a análise da validade das condutas administrativas. Caso o administrador público, quando a lei assim autorizar, venha a fazer escolhas que se contraponham aos valores consagrados nos princípios administrativos, essa ação poderá ser considerada inválida. Essa é a chamada função limitadora dos princípios.

No que se refere à aplicação, segundo José dos Santos Carvalho Filho,

> As regras são operadas de modo disjuntivo, vale dizer, o conflito entre elas é dirimido no plano da validade: aplicáveis ambas a uma mesma situação, uma delas apenas a regulará, atribuindo-se à outra o caráter de nulidade. Os princípios, ao revés, não se excluem no ordenamento jurídico na hipótese de conflito: dotados que são de determinado valor ou razão, o conflito entre eles admite a adoção do critério da ponderação de valores (ou ponderação de interesses), vale dizer, deverá o intérprete averiguar a qual deles, na hipótese *sub examine*, será atribuído grau de preponderância. (CARVALHO FILHO, 2010, p. 20)

Isso significa que, quando postos em oposição em face de caso concreto, não haverá total supressão de um ou mais princípios em relação a outros. Nesses casos, deverá o administrador público buscar a harmonização dos princípios com base nas peculiaridades do caso concreto, tarefa bastante complexa e que impõe redobrado dever de motivação.

2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Existem diversos princípios aplicáveis à Administração Pública que se encontram estabelecidos, expressamente, tanto na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, como na Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, de 1989.

A seguir, relacionam-se tais princípios, discorrendo-se sobre suas principais características.

2.2.1 Princípio da Legalidade

Decorre do princípio da legalidade que toda a atuação administrativa deve estar autorizada pela lei e pelo direito e de acordo com os comandos deles advindos, não podendo o administrador daí desviar-se, sob

pena de ensejar a nulidade do ato e, conforme o caso, a sua responsabilização administrativa, civil e penal. A Administração Pública está, em toda a sua atividade funcional, sujeita aos mandamentos da lei e aos ditames do bem comum. Evita-se, com isso, a possibilidade da prática de arbitrariedades por parte dos seus agentes, os quais não podem agir de acordo com as suas preferências e os seus valores pessoais, mas somente conforme o que o direito lhes autoriza.

Assim sendo, o significado e o alcance desse princípio traduzem-se na seguinte assertiva, exaustivamente referendada pela doutrina: ao Administrador Público somente é autorizado realizar aquilo que a lei prevê, enquanto, no âmbito das relações de cunho privado, é permitido realizar tudo o que a lei não veda.

O princípio da legalidade encontra-se previsto expressamente no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, e no artigo 19, *caput*, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, bem como em diplomas legais esparsos, nacionais e estaduais.

Em face do princípio da legalidade, não pode o administrador, por exemplo, aplicar ao servidor faltoso sanção administrativa que não esteja prevista em lei. Outro exemplo de limitação imposta pelo princípio da legalidade diz respeito às vantagens a que têm direito os servidores, as quais estão taxativamente previstas em lei, não podendo o administrador público concedê-las sem que haja previsão legal.

2.2.2 Princípio da Impessoalidade

Pelo princípio da impessoalidade, é dever da Administração Pública tratar os administrados de forma isonômica (igualitária), sendo totalmente vedada qualquer conduta tendente a promover favorecimentos ilícitos ou perseguições imotivadas. Todo administrado que se encontre na mesma situação jurídica deve receber o mesmo tratamento por parte da Administração Pública.

O princípio da impessoalidade tem assento no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, bem como no artigo 19, *caput*, da Constituição do Rio Grande do Sul. Além dos textos constitucionais indicados, outras normas preveem, explicitamente, a observância ao princípio da impessoalidade, como a Lei Federal nº 8.666/93, em seu artigo 3º, *caput*, e a Lei Estadual nº 11.299/98, em seu artigo 1º, *caput*.

Dentre outras formas de atuação, o princípio da impessoalidade vincula a publicidade de atos institucionais do ente público ao caráter educativo, informativo ou de orientação social, sendo vedada a menção a nomes, símbolos ou imagens, aí incluídos *slogans*, que caracterizem promoção pessoal do agente político ou de servidores públicos.

O Supremo Tribunal Federal manifestou-se nesse sentido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 191.668/RS, asseverando que a possibilidade de vinculação do conteúdo da divulgação com o partido político a que pertença o titular do cargo público mancha o princípio da impessoalidade e desnatura o caráter educativo, informativo ou de orientação social que consta do comando posto pelo constituinte federal.

Também em atenção ao princípio da impessoalidade, o procedimento licitatório exige a igualdade de tratamento entre os licitantes, não sendo admitido que o edital contenha exigências que afrontem o caráter competitivo que deve ter o certame. O mesmo raciocínio serve aos casos de concurso público de provas ou de provas e títulos para a seleção de servidores, em que os candidatos devem ser tratados de forma isonômica.

2.2.3 Princípio da Moralidade

O princípio constitucional da moralidade administrativa (artigos 37, *caput*, da CF/88 e 19, *caput*, da CE/89) apregoa que tanto nas relações entre a Administração Pública e os administrados quanto nas relações internas da Administração Pública sejam observados preceitos éticos capazes de conduzir a ações pautadas pela boa-fé, probidade, lealdade, transparência e honestidade.

A moralidade administrativa integra a noção de legalidade do ato, sendo permitido a qualquer cidadão exercer o seu controle mediante a propositura de ação popular, com o objetivo de anular os atos a ela ofensivos.

São considerados exemplos de atos que afrontam a moralidade administrativa: ordenar despesas que não sejam consideradas de natureza pública; usar recursos públicos sem a observância das formalidades legais e em benefício de um particular; contratar determinado fornecedor com o objetivo de obter vantagem pessoal.

A ofensa à moralidade administrativa também caracteriza ato de improbidade, na medida em que viola os deveres de honestidade, imparcialidade e lealdade às instituições, conforme preceitua o artigo 11 da Lei Federal nº 8.429/92, podendo submeter o infrator, por exemplo, às penas de ressarcimento integral do dano, perda da função pública e suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos.

2.2.4 Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade (artigo 37, *caput,* da CF/88 e artigo 19, *caput*, da CE/89) impõe à Administração Pública o dever de dar a mais ampla publicidade aos atos administrativos e de gestão, possibilitando, com isso, o conhecimento e a fiscalização da legitimidade de seus atos pelos administrados. O dever de observância ao princípio da publicidade alcança todas as pessoas administrativas, quer as que constituem as próprias pessoas estatais, quer aquelas que, mesmo sendo privadas, integram a estrutura da Administração Pública, como ocorre com as Empresas Públicas, as Sociedades de Economia Mista e as Fundações.

Entretanto, apesar de ser a regra dar à sociedade a mais ampla publicidade dos atos administrativos e das informações de interesse público de que a Administração seja detentora, há casos excepcionais em que a informação deve ser mantida em sigilo, com o objetivo de se evitar a ocorrência de prejuízos a pessoas, a bens e ao próprio órgão público. O artigo 11 da Lei Federal nº 8.429/92 dispõe que constitui ato de improbidade revelar fato ou circunstância de que tenha ciência o servidor em razão das suas atribuições e, também, revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiros, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica.

Desse modo, a publicidade dos atos é a regra a ser observada, mas há situações em que a simples divulgação ou a divulgação precoce de informações pode causar prejuízo grave ao interesse público primário (artigo 11, III e VII, da referida lei), devendo o servidor, em razão disso, ser responsabilizado por improbidade administrativa.

Embora a publicidade seja uma condição de eficácia do ato administrativo, há casos em que será relativizada em favor da defesa da intimidade, do interesse social e da segurança da sociedade. Restringem-se, porém, as possibilidades de sigilo a essas situações, as quais devem ser exaustivamente fundamentadas. Por exemplo, não será dada publicidade à dispensa de licitação quando esse fato possibilitar o comprometimento da segurança nacional, nas hipóteses previamente estabelecidas em Decreto do Presidente da República, depois de ouvido o Conselho de Defesa Nacional (artigo 16, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/93).

2.2.5 Princípio da Eficiência

Pelo princípio da eficiência, a Administração Pública busca a constante qualidade da ação administrativa, exigindo a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional, pois, por meio de uma ação eficiente, ela obtém melhores resultados na utilização dos recursos públicos, aumentando a sua produtividade e reduzindo o desperdício de dinheiro.

O princípio da eficiência foi introduzido no texto da Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional nº 19/98, fazendo parte, desde então, do rol de princípios administrativos previstos no *caput* do artigo 37. Ainda que de observância obrigatória para todos os entes federados, não se encontra expressamente previsto no artigo 19 da Constituição do Estado. No âmbito do Rio Grande do Sul, esse princípio está contemplado na Lei Estadual nº 12.901/08, em seu artigo 3º, inciso I, que prevê, para a qualificação de uma entidade como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, que a pessoa jurídica interessada seja regida por estatuto, cujas normas estabeleçam, explicitamente, a observância ao princípio da eficiência, dentre outros.

2.2.6 Princípio da Legitimidade e Participação

O princípio da legitimidade, previsto no artigo 70 da Constituição Federal e no artigo 19 da Constituição do Estado, relaciona-se à vontade política dominante na sociedade, sendo mais uma diretriz do que um limite à ação administrativa e, por meio da qual, há um controle não apenas institucional, mas também de natureza social.

Segundo o Administrativista Juarez Freitas, o princípio da legitimidade, em termos de controle, avança em relação ao princípio da legalidade, impondo não apenas um controle formal, mas exigindo uma profunda análise da finalidade apresentada e da motivação oferecida, de modo a evitar a ocorrência de ilegitimidades. Essa ilegitimidade diz respeito à prática de atos que, disfarçados de aspectos formalmente legais, acabam por, substancialmente, violar as diretrizes superiores do sistema.

Por outro lado, quanto ao princípio da participação, a Administração Pública, no desempenho da função administrativa, pratica atos e celebra contratos com vistas a atingir a sua finalidade essencial: o interesse público. Logo, é dever do administrador, em toda essa atuação, conduzir-se de acordo com o conjunto de princípios e regras que regulam a função administrativa.

Pelo princípio da participação, previsto expressamente no *caput* do artigo 19 da Constituição do Estado, a fiscalização do atendimento aos princípios e às regras que regem o desempenho da função administrativa pode e deve ser amplamente realizada por toda a sociedade. Isso se dá porque tal princípio, em última análise, busca uma aproximação entre a Administração e os administrados, seja no que se refere ao controle da atividade estatal, seja em uma participação mais efetiva nas decisões que afetam a todos.

O direito positivo prevê diversas formas de controle da Administração Pública pela sociedade – o chamado controle social –, podendo-se citar a possibilidade de qualquer cidadão impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação da Lei Federal nº 8.666/93, conforme dispõe o § 1º do seu artigo 41. Ainda nesse mesmo sentido, qualquer cidadão é parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas do Estado, nos termos do artigo 60 da Lei Estadual nº 11.424/00 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado).

Já a Lei Estadual nº 11.179/98 determina que o Poder Executivo promova consulta direta à população, objetivando incluir na Proposta Orçamentária do Estado serviços e investimentos considerados prioritários pelos cidadãos consultados. Outra forma de consagração do princípio da participação está prevista no artigo 22 da Constituição do Estado, que exige a realização de consulta plebiscitária para a alienação ou transferência do controle acionário das Companhias que menciona.

Importa destacar, por oportuno, que a Administração deve oferecer mecanismos que possibilitem a concretização do princípio da participação, de modo que os administrados tenham acesso às informações relativas ao exercício da função administrativa.

2.2.7 Princípio da Razoabilidade

O princípio da razoabilidade determina que o administrador público atue de forma equilibrada, ponderada e consoante às finalidades buscadas pela lei que lhe outorgou a competência exercida. Nessa linha, condutas desarrazoadas, incoerentes e incompatíveis com o que normalmente é realizado pela Administração Pública são consideradas ofensivas a este princípio e, por isso, poderão ser invalidadas pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário, já que a razoabilidade também compõe a noção de validade da ação administrativa.

A razoabilidade da conduta administrativa é aferida com base no conceito abstrato de homem médio, significando, com isso, que não são os critérios pessoais do administrador público que indicarão o que se entende por razoável ou desarrazoado, mas sim um *standard* comportamental aferível segundo certas regras de experiência. Por isso – e a título exemplificativo –, quando o administrador público encontra-se diante de situação em que deva aplicar uma penalidade a um servidor faltoso, deve, nos limites de gradação que a lei lhe possibilita, infligir a pena necessária e adequada à conduta praticada. Caso seja aplicada uma punição excessivamente severa ou demasiadamente branda, o ato administrativo poderá apresentar-se inválido por afronta ao princípio da razoabilidade.

Além de expresso no *caput* do artigo 19 da Constituição do Rio Grande do Sul, o princípio da razoabilidade também está contemplado em outros diplomas legais – os quais preveem expressamente a necessidade de observância desse princípio – tais como a Lei Complementar Estadual nº 11.299/98, que dispõe sobre os contratos celebrados com a Administração Pública, e a Lei Estadual nº 12.901/08, que dispõe sobre a qualificação de pessoa jurídica de direito privado como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP.

2.2.8 Princípio da Economicidade

O princípio da economicidade está comumente relacionado à ideia de custo-benefício, ou seja, impõe ao agente público o dever de obter o maior atendimento ao interesse público, consumindo, para isso, a menor quantidade de recursos públicos. Nesse passo, *a contrario sensu*, não se devem promover ações excessivamente onerosas que visem à satisfação de interesses públicos que possam ser conquistados de outra forma ou, ainda, que, mesmo não podendo ser atendidos de outro modo, o sacrifício exigido para sua satisfação não recomende a ação estatal.

A Constituição Federal prevê o princípio da economicidade no *caput* do seu artigo 70. No âmbito do Rio Grande do Sul, tal princípio foi contemplado no *caput* do artigo 19 da Constituição Estadual, sendo também objeto de regulação pela Lei Estadual nº 10.547/95. Neste normativo, o legislador estadual preceitua que a observância ao princípio da economicidade concretiza-se por meio da utilização razoável, adequada, eficiente e eficaz dos recursos públicos.

Quanto aos destinatários do dever de obediência ao princípio da economicidade, a citada lei estadual estabeleceu ser obrigatória à Administração Pública Direta e Indireta de quaisquer dos Poderes do Estado, abrangendo as entidades constituídas ou mantidas pelo Poder Público, bem como as entidades privadas que recebam subvenções dos cofres públicos.

A fiscalização do cumprimento desse princípio, nos termos da Lei Estadual nº 10.547/95 (artigo 2º), foi atribuída à Assembleia Legislativa, com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, bem como ao sistema de controle interno, o qual, no Estado do Rio Grande do Sul, é de responsabilidade da Contadoria e Auditoria-Geral do Estado – CAGE e executado por este órgão.

Visando a dar maior concretude à norma, optou o legislador estadual por prever um rol exemplificativo de situações-problema cuja solução é dada pelo princípio da economicidade, de acordo com o que está disposto no artigo 3º da mencionada lei estadual. Nos casos em que não restar atendido o princípio da economicidade, cabe ao órgão de controle interno dar imediata ciência ao Tribunal de Contas do Estado para a adoção das providências necessárias, qual seja, indicação de prazo para que o responsável providencie o cumprimento da lei, sustando a execução do ato se não for possível atender ao prazo assinalado.

Outras normas também fazem menção expressa à observância ao princípio da economicidade, podendo-se citar a Lei Estadual nº 11.081/98, que disciplina as reclamações relativas à prestação de serviços públicos, e a Lei Complementar Estadual nº 11.299/98, que dispõe sobre os contratos celebrados pela Administração Pública.

2.2.9 Princípio da Motivação

O princípio da motivação impõe à Administração Pública o dever de explicitar os fundamentos de fato e de direito que conduzem a sua atuação. Em regra, os atos administrativos devem ser motivados, porém há situações às quais não é imposto o dever de motivação. Exemplo disso é o ato de nomeação e exoneração de servidores para cargos em comissão, visto que são de livre nomeação e exoneração, nos termos do artigo 37, II, da Constituição Federal e artigo 20, *caput*, da Constituição do Estado.

Quando a lei exigir a motivação do ato ou quando ela nada referir, estará o administrador público obrigado a motivar a atuação administrativa. Já, quando a lei expressamente dispensar a motivação do ato, a motivação não será obrigatória, mas, ainda assim, possível. Se, no entanto, o administrador motivar o ato que inicialmente dispensava motivação, as razões apontadas deverão existir, sob pena da possibilidade de decretação de sua invalidade.

Segundo o Administrativista Juarez Freitas, a fundamentação deve estar sempre presente em todos os atos, ressalvados os de mero expediente, os autodecifráveis por sua singeleza e as exceções constitucionalmente previstas.

O princípio da motivação está previsto no artigo 19 da Constituição Estadual, apresentando-se, também, noutros diplomas legais, como na Lei Complementar Estadual nº 11.299/98.

2.3 OUTROS PRINCÍPIOS RECONHECIDOS

A ordem jurídica brasileira também reconhece a existência de outros princípios gerais de direito, a seguir descritos e detalhados, que não se encontram previstos, de forma expressa, em norma constitucional ou

legal, mas que são reconhecidos pela doutrina e jurisprudência como plenamente aplicáveis à Administração Pública.

2.3.1 Princípio da Supremacia do Interesse Público

Inicialmente, é preciso conceituar o que se entende por interesse público, não sem, previamente, referir que há doutrinadores que entendem não se tratar propriamente de um princípio jurídico. Passando à definição, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello,

> (...) o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem. (*Curso de Direito Administrativo*, 2011, p. 61)

Também deve ser destacada a distinção feita pelo referido autor quanto à existência de interesses públicos primários e secundários.

O interesse primário corresponde à definição anteriormente apresentada, ou seja, trata-se do conjunto de interesses dos indivíduos enquanto membros da sociedade. Já o interesse secundário, de forma diversa, identifica-se com os interesses individuais do Estado enquanto pessoa jurídica que é.

Tendo em vista a diferenciação apontada, não é demais afirmar que o gestor público deve buscar realizar tanto o interesse público primário quanto o interesse público secundário, respeitadas as limitações legais e principiológicas impostas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, é com fundamento no princípio da supremacia do interesse público (primário) que o Estado, em determinadas situações, utilizando-se das prerrogativas que lhe são conferidas, impõe a sua vontade sobre a do particular. São exemplos dessa imposição unilateral as formas de intervenção do Estado na propriedade alheia, o exercício do poder de polícia administrativa e a presença de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos.

A supremacia do interesse público sobre o interesse privado, contudo, não se configura um fim em si mesmo, e o agir administrativo, à luz dessa supremacia, encontra limites noutros princípios de direito, como os impostos pelo princípio da legalidade e da razoabilidade.

Desse modo, ainda que possa o Estado, com base na supremacia do interesse público, impor a sua vontade sobre a vontade dos administrados, deve fazê-lo nas hipóteses previstas em lei e segundo a forma como esta prevê, observando-se os demais princípios norteadores da atividade administrativa.

2.3.2 Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público

A Administração Pública, por meio de seus agentes, utiliza-se de poderes administrativos para praticar atos voltados ao atendimento dos interesses públicos, caracterizados como aqueles que são próprios da coletividade. Segundo o princípio da indisponibilidade, o administrador público não pode deixar de tutelar os bens e os interesses públicos, uma vez que não se encontram à sua livre disposição. Desse modo, não pode deixar de exercer os poderes e as competências que lhe são conferidos por lei, sob pena de responder pela omissão, já que ditos bens e interesses públicos não pertencem à Administração Pública, tampouco aos seus agentes; pertencem a toda a sociedade.

Em razão desse princípio, determinadas condutas estão vedadas, tais como deixar de apurar e punir a prática de um ilícito administrativo, deixar de cobrar ou arrecadar receita pública, omitir-se no exercício do poder de polícia ou deixar de prestar contas quando a lei assim o exigir.

A indisponibilidade dos bens e dos interesses públicos mostra-se nítida nos casos de alienação de bens móveis e imóveis da Administração. Nessas hipóteses, devem ser seguidos os procedimentos estabelecidos nos artigos 17 e 19 da Lei de Licitações (Lei Federal nº 8.666/93), porquanto, uma vez não observado o rito estabelecido em lei, responderá o gestor pela ilegalidade praticada.

2.3.3 Princípio da Segurança Jurídica

A segurança jurídica é um princípio jurídico que indica o dever do Estado de zelar pela estabilidade das relações jurídicas. Esse princípio vem sendo estudado sob dois enfoques distintos: um de natureza obje-

tiva e outro de natureza subjetiva. No que se refere à natureza objetiva, visa a preservar a estabilização das relações jurídicas do Estado. Do ponto de vista subjetivo – por alguns denominado de princípio da proteção da confiança –, busca proteger os administrados de condutas administrativas que, após lhes conferir vantagens, venham a, muito tempo depois disso, considerar que o ato concessivo apresentava vício de legalidade. Imagine-se um ato praticado por um funcionário de fato, que venha a produzir efeitos benéficos ao administrado e que, passado um longo período de tempo, dado o vício de incompetência do agente, não fossem os limites impostos pelo princípio da segurança jurídica, poderia simplesmente ser anulado pela Administração Pública por ser ato ilegal. A possibilidade de anulação a qualquer tempo, a toda evidência, cria um sentimento de permanente insegurança, o que não é próprio de um Estado Democrático de Direito.

Nesse passo, o princípio da segurança jurídica impede que a Administração Pública, utilizando-se do poder de autotutela, anule, indiscriminadamente, atos administrativos que produziram efeitos benéficos aos administrados. Essa limitação, no entanto, reclama a presença de dois importantes fatores: um considerável lapso temporal decorrido desde a prática do ato e a boa-fé do administrado.

No direito positivo, o princípio da segurança jurídica pode ser identificado no artigo 54 da Lei Federal nº 9.784/99, que dispõe que o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

3. ATOS ADMINISTRATIVOS

Sumário: 3.1 Definição. **3.2.** Requisitos do ato administrativo. **3.2.1.** Competência. **3.2.2.** Finalidade. **3.2.3.** Forma. **3.2.4.** Motivo (Teoria dos motivos determinantes). **3.2.5.** Objeto. **3.3.** Atributos do ato administrativo. **3.3.1.** Imperatividade. **3.3.2.** Presunção de Legitimidade. **3.3.3.** Autoexecutoriedade. **3.4.** Espécies de atos administrativos. **3.4.1.** Atos Normativos. **3.4.2.** Atos Ordinatórios. **3.4.3.** Atos Negociais. **3.4.4.** Atos Enunciativos. **3.4.5.** Atos Punitivos. **3.5.** Classificação dos atos administrativos. **3.5.1.** Atos gerais e atos individuais. **3.5.2.** Atos de império e atos de gestão. **3.5.3.** Atos vinculados e atos discricionários. **3.5.4.** Atos simples, atos compostos e atos complexos. **3.6.** Formas de extinção ou de invalidação dos atos administrativos. **3.6.1.** Anulação. **3.6.2.** Revogação. **3.6.3.** Caducidade. **3.6.4.** Cassação. **3.7.** Convalidação dos atos administrativos.

3.1 DEFINIÇÃO

Ato administrativo é o meio pelo qual a Administração Pública ou os seus delegatários, em regime de direito público, manifestam sua vontade com o propósito de produzir determinado efeito jurídico, criando, modificando ou extinguindo direitos ou obrigações, para si ou para os administrados, com o fim de atingir o interesse público.

Nem todos os atos praticados pelas pessoas administrativas são atos administrativos em sentido estrito. Podem ser praticados atos em regime de direito privado, os quais não são dotados de imperatividade, auto-executoriedade e presunção de legitimidade, atributos próprios dos atos administrativos em sentido estrito, submetidos ao regime de direito público. Quando a Administração Pública pratica atos sob o regime de direito privado, encontra-se em igualdade de condições com os particulares, não se justificando o regime de direito público para essas situações.

3.2. REQUISITOS DO ATO ADMINISTRATIVO

3.2.1 Competência

É o conjunto de atribuições legalmente conferidas aos órgãos e agentes administrativos. Em se tratando de órgãos ou agentes de elevada hierarquia, a competência poderá ter assento no próprio texto constitucional, como ocorre, em âmbito estadual, com o Governador do Estado (artigo 82, CE/89) e o seu secretariado (artigo 90, CE/89). Quando se estiver diante de órgão de menor hierarquia, pode a competência ter origem em atos administrativos organizacionais.

Sendo conferida por lei (ou pela Constituição), a competência não poderá ser modificada, seja para reduzi-la, seja para aumentá-la, pelo órgão ao qual foi atribuída. A competência administrativa pode, porém, ser objeto de delegação e avocação, mas desde que a lei não a tenha previsto como exclusiva de determinado órgão ou agente e que tal possibilidade esteja autorizada no texto legal.

Nesses moldes, todo o ato administrativo, para ser reconhecido como válido, deve ser praticado pela autoridade competente, nos termos da lei.

3.2.2 Finalidade

A finalidade é o elemento segundo o qual o ato administrativo deve ser praticado para atender ao interesse público. Caso o agente pratique um ato administrativo visando a fim mediato diverso do interesse público, ocorrerá desvio de finalidade, o que torna o ato viciado e, com isso, passível de anulação.

Dessa forma, caso o gestor público identifique a existência de um ato administrativo divorciado do interesse público e, portanto, ilegal por desvio de finalidade, deve dar início aos procedimentos necessários à

sua anulação. É dever de todo servidor representar ou levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver conhecimento em razão das atribuições do seu cargo, bem como representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder (incisos IX e XIV, do artigo 177, da Lei complementar nº 10.098/94, respectivamente).

3.2.3 Forma

O requisito forma revela o instrumento por meio do qual a manifestação de vontade da Administração Pública deve ser exteriorizada. Em alguns casos, a lei ou o ato normativo dispõem sobre a forma com a qual a vontade administrativa deve se exteriorizar. Nessas situações, caso não seja obedecida a forma indicada, o ato conterá vício de legalidade, sujeitando-se à invalidação.

Ainda no que diz respeito à forma, quando a Administração Pública pretender revogar um ato por conveniência e oportunidade, ou anulá-lo, por conter vício de legalidade, deverá observar, para a extinção, a mesma forma prevista em lei para a sua criação.

3.2.4 Motivo (Teoria dos motivos determinantes)

O motivo é a combinação da situação de fato com o direito aplicável, que dá origem à manifestação de vontade da Administração Pública. O motivo antecede a ação da Administração e pode ser visto como a sua fonte geradora. Como exemplo, pode-se apontar como motivo do ato administrativo que aplica uma sanção disciplinar a um servidor a prática de uma infração funcional. No exemplo fornecido, a situação de fato é o ato infracional do servidor, sendo a norma - que tipifica a conduta e determina a aplicação da sanção - a situação de direito que motiva o ato.

A indicação do motivo é denominada de motivação. Em geral, de forma a possibilitar a verificação da adequação do ato administrativo ao ordenamento jurídico (princípio da legalidade), os agentes públicos devem oferecer a motivação dos atos que praticam. Essa motivação revelará a legalidade do ato, pois os motivos indicados deverão necessariamente existir e ser verdadeiros, sob pena de nulidade. A essa exigência de compatibilidade entre o ato administrativo e os motivos que levaram à sua prática denomina-se Teoria dos Motivos Determinantes. Deve ser destacado que, ainda que a lei não exija a indicação do motivo, uma vez indicado, está a Administração Pública a ele vinculada.

3.2.5 Objeto

O objeto corresponde ao efeito jurídico que o ato administrativo pretende produzir; ou seja, a alteração no mundo jurídico que o agente administrativo visa a promover com a prática do ato. Evidentemente, o ato administrativo não poderá ter objeto ilícito, incerto, impossível ou imoral, situações que o tornariam viciado.

3.3. ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

3.3.1. Imperatividade

O atributo da imperatividade possibilita que os atos administrativos sejam impostos independentemente da vontade daqueles aos quais são dirigidos. Com isso, a Administração Pública está autorizada a impor obrigações mediante atos unilateralmente produzidos, observados os limites ditados pela Constituição e pela lei. É a imperatividade que dá origem ao que a doutrina chama de *poder extroverso.*

Esse importante atributo, porém, não está presente em todos os atos administrativos, mas apenas naqueles que criam obrigações. Nos atos que deferem direitos postulados pelos administrados, por evidente, não haverá submissão obrigatória à vontade da Administração, tal como ocorre na concessão de licença e de autorização ou no fornecimento de uma certidão. Isso se justifica porque o ato não tem origem na vontade da Administração, mas sim na vontade do administrado.

3.3.2 Presunção de Legitimidade

Quando são editados os atos administrativos, surge com eles a presunção de que são praticados de acordo com as normas jurídicas vigentes, notadamente porque emanados de pessoas que compõem a estrutura da Administração Pública. Esta característica é denominada presunção de legitimidade.

Esta presunção não é absoluta, pois o ato pode ter sido praticado sem a observância das normas que lhe são aplicáveis, sendo, portanto, uma presunção relativa ou *iuris tantum;* ou seja, admite prova em contrário. Disto resulta que o ônus de comprovar que foi praticado sem a observância das normas aplicáveis é do administrado, já que o ato nasce com a presunção de que se encontra conforme a ordem jurídica.

3.3.3 Autoexecutoriedade

A autoexecutoriedade é o atributo que permite que os atos administrativos sejam executados desde logo, produzindo imediatamente os seus efeitos, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário para fazer prevalecer a vontade da Administração. Em regra, os atos administrativos são autoexecutórios, pois o contrário implicaria uma completa rigidez da atividade administrativa, impossibilitando que o interesse público seja prontamente atendido.

Contudo, nem todos os atos administrativos possuem este atributo. A cobrança de multa administrativamente imposta pela Administração e a desapropriação de imóveis exigem a intervenção judicial para que possam produzir os efeitos esperados.

3.4 ESPÉCIES DE ATOS ADMINISTRATIVOS

3.4.1 Atos Normativos

Em que pese a discussão doutrinária acerca da classificação de atos normativos como atos administrativos, é possível conceituá-los como aqueles que preveem um comando geral e abstrato emanado do Poder Executivo, visando a orientar a correta aplicação da lei. São atos de caráter infralegal ou secundário, tais como os decretos e as resoluções.

3.4.2 Atos Ordinatórios

Os atos ordinatórios são aqueles que se preocupam em disciplinar o funcionamento da Administração Pública, daí porque são direcionados aos servidores públicos no exercício de suas atribuições. O fundamento de tais atos encontra-se no poder hierárquico, legitimando, com isso, que qualquer chefe de serviço tenha competência para editá-los em face dos seus subordinados.

Por serem dirigidos ao interior da Administração Pública, os atos ordinatórios não obrigam os particulares. Também não obrigam servidores públicos que não estejam subordinados à autoridade da chefia que os editou.

3.4.3 Atos Negociais

Os atos negociais caracterizam-se por conterem uma manifestação de vontade da Administração Pública voltada a efetivar um dado negócio jurídico ou a autorizar o exercício de uma faculdade ao particular que a ela se dirige, conforme condições previamente estabelecidas pelo Poder Público. Como exemplos, citem-se a admissão de um aluno numa determinada escola pública e a concessão de uma licença.

3.4.4 Atos Enunciativos

Atos enunciativos são aqueles mediante os quais a Administração se limita a atestar um fato, ou a emitir uma opinião sobre determinado assunto, sem que, com isso, reste vinculada ao seu enunciado. Dentre os atos enunciativos estão as certidões e os pareceres administrativos.

Deve-se destacar, porém, que os pareceres podem ser vinculantes em determinados casos, mas isso dependerá de previsão legal expressa. Em regra, os pareceres serão meramente enunciativos e não vincularão a autoridade pública responsável pela tomada de decisão.

3.4.5 Atos Punitivos

Os atos punitivos são aqueles em que a Administração Pública impõe uma sanção em decorrência do cometimento de infrações administrativas. Estão sujeitos a punições tanto os servidores, quanto os administrados em geral, conforme se trate de infração disciplinar cometida pelos primeiros ou infrações administrativas em geral, praticadas pelos últimos.

Deve-se destacar que os atos punitivos devem ser praticados após procedimento administrativo regular, observando-se as garantias daqueles a quem são aplicadas as sanções. As sanções devem estar previstas em lei, não sendo possível ao agente público a prática de atos punitivos sem que lhe seja dada autorização legal para tanto.

3.5 CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

3.5.1 Atos gerais e atos individuais

São gerais os atos que se propõem a incidir sobre uma generalidade de pessoas que se encontram em idêntica situação jurídica. De outro lado, classificam-se como individuais os atos que possuem destinatários específicos, ainda que atinjam vários sujeitos. Serve como exemplo de ato geral o decreto editado pelo Poder Executivo (espécie de ato normativo); já o ato individual tem como exemplos as licenças e autorizações.

3.5.2 Atos de império e atos de gestão

Os atos de império são caracterizados pela unilateralidade e pela coerção, não havendo qualquer interferência da vontade dos administrados para sua formação ou limitação de efeitos, sendo, em regra, cumpridos de forma coativa. Já os atos de gestão são caracterizados pela interferência da vontade dos administrados, tal como ocorre nas relações contratuais de que participa o Estado, nas quais não se mostra possível a imposição da vontade da Administração, visto estar ausente o poder de império.

3.5.3 Atos vinculados e atos discricionários

Os atos administrativos vinculados são aqueles em que a lei prevê todos os elementos para sua prática, não sendo dado ao agente público liberdade de decisão. Trata-se simplesmente de submeter o caso concreto à norma, existindo apenas uma decisão possível, que é dada pela lei. Ao contrário, os atos discricionários possibilitam a quem o edita a análise da conveniência (escolha da solução legal mais adequada dentre as que foram dadas pela lei) e da oportunidade (valoração do caso concreto) da sua prática. Como exemplo de ato vinculado, podem-se citar a concessão de licença à gestante, à adotante e à paternidade (artigo 141, da Lei complementar Estadual nº 10.098/94). Nesses casos, basta a existência da situação de fato para incidir a norma legal, devendo ser concedida a licença.

De outro lado, será discricionário o ato de concessão de licença para tratar de interesses particulares (artigo 146, da Lei Complementar Estadual nº 10.098/94). Nesta última situação, ainda que o servidor requeira a licença, a lei faculta que a Administração Pública negue o pedido quando o seu atendimento for inconveniente para o interesse público.

Sublinhe-se que não são todos os elementos do ato administrativo que sofrem valoração quanto à conveniência e oportunidade. No que diz respeito à competência, à finalidade, não há espaço para discricionariedade, ainda que se trate de ato discricionário. Apenas os elementos *motivo*, *forma* e *objeto* dão margem à discricionariedade, devendo-se destacar, por oportuno, haver divergência doutrinária quanto à discricionariedade sobre a forma do ato. A análise da conveniência e da oportunidade dos atos discricionários corresponde ao que se denomina *mérito administrativo,* insuscetível de sindicabilidade judicial.

3.5.4 Atos simples, atos compostos e atos complexos

Denomina-se ato simples aquele para cuja formação concorre a vontade de um só órgão ou agente administrativo. A maioria dos atos administrativos se enquadra nessa classificação. Os atos complexos, por seu turno, são resultado de duas ou mais vontades manifestadas por órgãos ou agentes diversos. Para melhor compreender o que são os atos complexos, menciona-se o exemplo da nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, os quais são nomeados pelo Presidente da República, porém, após aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (artigo 101, parágrafo único da Constituição Federal). Os atos compostos compõem-se de uma só vontade autônoma, cabendo às demais apenas a verificação da legitimidade do ato já praticado para que continue ou passe a produzir efeitos.

3.6. FORMAS DE EXTINÇÃO OU DE INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

3.6.1 Anulação

É a forma de extinção dos atos administrativos fundamentada na existência de um vício de legalidade. Esse vício de legalidade pode estar presente em quaisquer dos elementos ou requisitos dos atos administrativos, isolada ou cumulativamente. Portanto, o ato administrativo pode conter vícios de competência, finalidade, forma, motivo e/ou objeto.

Haverá vício de *competência* quando o ato for praticado por agente que não possua atribuições para assim agir. A *finalidade* estará viciada quando o ato não visar ao atendimento de interesses públicos, ou seja, busca atender a interesse privado. Poderá haver vício na *forma* quando o agente não observar o modo de exteriorização previsto em lei para a prática do ato. Quanto ao *motivo*, estará ele viciado quando, uma vez apresentado, mostrar-se inexistente ou falso. O *objeto* conterá vício de legalidade quando for ilícito, indeterminado, impossível ou imoral.

Tendo em vista que a anulação decorre da constatação de ilegalidade do ato administrativo, a extinção pode ser promovida pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário. Constatada a ilegalidade, a Administração pode promover a anulação de ofício, com base no seu poder de autotutela, ou mediante provocação. O Poder Judiciário somente está autorizado constitucionalmente a agir quando provocado, o que poderá ser feito através do mandado de segurança, da ação popular, da ação civil pública ou de outra ação prevista no ordenamento jurídico.

Quando a Administração Pública entender por anular ato ilegal do qual tenha surgido direitos a terceiros, deve instaurar processo administrativo. Tal medida faculta ao interessado o exercício do contraditório e da ampla defesa, sob pena de ser considerada indevida a anulação, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 210.916 – RS.

A anulação do ato viciado produz efeitos retroativos; vale dizer, retroagem à data de sua prática, impedindo a produção de qualquer efeito. Com isso, as relações jurídicas surgidas a partir da sua edição restam desfeitas, retornando as partes à situação em que se encontravam antes do ato.

3.6.2 Revogação

Revogação é a forma de extinção que retira um ato administrativo do mundo jurídico com base em razões de conveniência e oportunidade, impostas pela necessidade de atender ao interesse público, discricionariamente avaliado pela Administração. Diversamente da anulação, que tem espaço quando o ato contiver vícios de legalidade, a revogação ampara-se em razões de mérito. Por isso, o ato administrativo de revogação não poderá, em regra, ser objeto de análise judicial, ressalvados os aspectos relativos à sua validade, em que o Poder Judiciário estará, em última análise, pronunciando-se sobre a legalidade do ato.

Outro aspecto que diferencia a revogação da anulação diz respeito aos efeitos. Enquanto a anulação retroage, a revogação projeta os seus efeitos apenas para o futuro, não alterando os efeitos já produzidos. Isso se justifica na medida em que o ato revogado estava de acordo com a ordem jurídica, diferentemente do que ocorre na anulação, em que o ato mostrava-se contrário ao direito.

Há, contudo, limites à atuação da Administração Pública ao exercer o poder de revogar os atos que julgar inconvenientes e inoportunos. Assim, entende-se que não podem ser revogados os atos que já exau-

riram os seus efeitos, pois a revogação não retroage, o que torna inviável que o ato já praticado seja atingido pelo ato revogador. De igual modo, os atos vinculados não podem ser revogados, uma vez que neles não há espaço para análise de conveniência e oportunidade, já que a lei fornece todos os elementos para sua edição. Também não podem ser revogados os atos que geraram direitos adquiridos, dada a proteção conferida pelo artigo 5º, XXXVI, da CF/88, e os atos que fazem parte de um procedimento, porque, uma vez praticados, opera-se a preclusão quando editado o ato que lhe sucede.

3.6.3 Caducidade

Por caducidade deve-se entender a forma de extinção do ato administrativo em razão da existência de norma jurídica superveniente que, de forma explicita ou implícita, se mostrar contrária àquela que amparou a prática do ato.

3.6.4 Cassação

O fundamento para a cassação reside num comportamento posterior do beneficiário do ato, o qual descumpre as condições exigidas para que o ato permaneça produzindo os seus efeitos. A cassação apresenta natureza punitiva e, por isso, somente poderá ser realizada quando houver autorização normativa. Exemplo típico ocorre nas hipóteses em que o motorista descumpre as condições legais para o exercício do direito de dirigir, autorizando, assim, que a Administração Pública efetue a cassação de sua habilitação.

3.7. CONVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Pode-se conceituar a convalidação como o procedimento administrativo de que se vale a Administração Pública para aproveitar os atos administrativos que foram produzidos com vícios sanáveis, produzindo efeitos retroativos à data em que foram praticados. A convalidação, em relação ao ato viciado, poderá ser parcial ou total.

Para operacionalizar a faculdade convalidatória, é imperiosa a identificação dos vícios considerados sanáveis e, por exclusão, dos insanáveis. Segundo a doutrina dominante, são considerados sanáveis os vícios nos elementos *competência* e *forma*. Com isso, consideram-se insanáveis os vícios relativos ao *motivo*, à *finalidade* e ao *objeto*.

4. PODERES ADMINISTRATIVOS

Sumário: 4.1 Definição - **4.2** Poder Vinculado - **4.3** Poder Discricionário - **4.4** Poder Hierárquico - **4.5** Poder Disciplinar - **4.6** Poder Regulamentar - **4.7** Poder de Polícia.

4.1 DEFINIÇÃO

A Administração Pública realiza diversas atividades voltadas ao atendimento das necessidades coletivas. Para que seja possível ao Estado atingir os objetivos que lhe foram constitucionalmente atribuídos, faz-se necessária a utilização de instrumentos adequados. Os poderes administrativos são prerrogativas asseguradas aos agentes públicos para o desempenho dessas variadas atividades, permitindo, assim, que o Estado realize as finalidades que lhe são próprias. Essas prerrogativas são classificadas pela doutrina como sendo modalidades de poderes administrativos, dentre os quais destacam-se os seguintes: *vinculado*, *discricionário*, *hierárquico*, *disciplinar*, *regulamentar* e de *polícia*.

4.2 PODER VINCULADO

Fala-se em poder vinculado ou atividade vinculada quando a lei prevê todos os elementos do ato a ser praticado, não restando ao administrador a possibilidade de fazer escolhas segundo critério de conveniência e oportunidade. A impossibilidade de revogação é característica dos atos administrativos vinculados, haja vista que não há espaço para uma avaliação sobre o mérito de sua prática. Isso não quer dizer que não possam, e não devam, ser anulados por vícios de legalidade.

A licença à gestante, prevista no artigo 141 da Lei Estadual nº 10.098/94, é um exemplo que pode ilustrar o chamado poder vinculado. Nesta situação, verificada a ocorrência dos eventos que autorizam a concessão da licença, deve o administrador concedê-la à servidora requisitante. Preenchidos os requisitos legais, não há espaço para a sua negativa, sob pena de se configurar ilegalidade passível de correção pelo Poder Judiciário.

Também se materializa tal poder quando da exigência de concurso público para a contratação de servidores, com vistas ao provimento de cargos efetivos ou empregos públicos. Segundo dispõe o artigo 37, II, da CF/88, ressalvadas as nomeações para cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração, não pode o administrador dispensar a realização de concurso público para promover a investidura em cargos e empregos públicos.

Pode-se afirmar, em última e resumida análise, que o poder vinculado retrata o dever do administrador de fiel aplicação da lei. Por essa razão, é questionada, por alguns doutrinadores, a sua qualificação com um verdadeiro poder, já que toda a sua atuação está condicionada pelos ditames da lei.

4.3 PODER DISCRICIONÁRIO

O poder discricionário é aquele que possibilita ao administrador escolher a alternativa que melhor atenda ao interesse público, respeitados os limites previamente traçados pela lei. Nos atos discricionários, a lei é rígida quanto à competência e à finalidade, havendo divergência doutrinária quanto à caracterização da forma como elemento vinculado ou discricionário. A competência diz respeito à definição de quem pode praticar o ato. A finalidade deverá ser sempre o interesse público, sendo inválidos os atos que dele se afastem. A forma do ato administrativo diz respeito ao seu modo de exteriorização.

Resta ao Gestor Público, adotando critérios de conveniência e oportunidade, a possibilidade de definição do motivo, do objeto e, para alguns, da forma do ato administrativo, ao que se denomina mérito administrativo. O motivo é a situação de fato, que, uma vez ocorrida, encontra numa regra jurídica a autorização para a atuação do administrador, e este, nos atos baseados no poder discricionário, vê-se diante de uma escolha a fazer. O objeto diz respeito ao conteúdo ou às consequências do ato.

A legislação é farta em exemplos de atos administrativos praticados com base no poder discricionário. Pode-se citar, de forma ilustrativa, a licença para tratar de interesses particulares, concedida ao servidor público estadual estatutário. Conforme preceitua o artigo 146 da Lei Estadual nº 10.098/94, a Administração Pública poderá conceder a licença, no entanto somente o fará nos casos em que lhe seja conveniente e oportuno.

Também tem lastro no poder discricionário a decisão sobre a alienação de bens imóveis, se assim recomendar o interesse público. Nesse caso, a discricionariedade está em alienar ou não o bem, já que o procedimento para que a alienação seja levada a efeito está previsto no artigo 19 da Lei Federal nº 8.666/93, sendo, neste ponto, ato administrativo vinculado.

4.4 PODER HIERÁRQUICO

O poder hierárquico está relacionado à organização da Administração Pública. Deste poder decorrem certos efeitos, os quais, tendo em vista a necessidade de coordenação e harmonia da atividade administrativa, possibilitam que as autoridades ou os órgãos superiores possam agir sobre a atuação de autoridades ou de órgãos inferiores.

Assim, aos agentes administrativos superiores é admitido dar ordens àqueles que lhes são subordinados, os quais têm o dever de obediência, ressalvados os casos de ordens manifestamente ilegais. Os agentes superiores também estabelecem diretrizes a serem seguidas pelos agentes hierarquicamente inferiores. Disso decorre que os superiores hierárquicos podem fiscalizar a atuação dos seus subordinados; não apenas a atuação conforme a lei e o direito, mas também quanto ao atendimento das diretrizes previamente estabelecidas.

No caso de os atos praticados pelos subordinados apresentarem vícios de legalidade ou não seguirem a orientação previamente dada, o poder hierárquico autoriza que os agentes hierarquicamente superiores revejam os atos ilegais ou desconformes a essa orientação, ajustando-os aos parâmetros da legalidade ou à diretiva antes traçada.

Também decorre do poder hierárquico a possibilidade de delegação ou avocação de atribuições de um órgão ou agente para outro. A delegação é a transferência de atribuições de um órgão ou agente para outro; já a avocação ocorre quando a autoridade superior chama para si o desempenho de determinada atividade inicialmente cometida ao seu subordinado. Tanto a delegação quanto a avocação não são ilimitadas, encontrando na lei os limites para a sua ocorrência.

Uma das expressões do mencionado poder está positivada no inciso VI do artigo 177 da Lei Complementar Estadual nº 10.098/94, segundo o qual se constitui dever dos servidores públicos o cumprimento das ordens emanadas de seus superiores, ressalvados os casos em que sejam manifestamente ilegais. Em que pese a qualificação como um "poder", a hierarquia impõe ao agente superior importantes responsabilidades.

A Lei Complementar Estadual nº 10.098/94, em seu artigo 177, § 2º, trata como co-autor de eventuais irregularidades o superior hierárquico que receber denúncia ou representação sobre irregularidades praticadas por servidor que seja seu subordinado, e deixar de adotar providências para a apuração dos fatos noticiados.

4.5 PODER DISCIPLINAR

Apesar de estar ligado ao poder hierárquico, o poder disciplinar com ele não se confunde. O poder disciplinar autoriza que a administração apure eventuais faltas funcionais cometidas por todos que mantiverem com ela um vínculo de subordinação específica, aplicando as penalidades cabíveis. O exercício desse poder revela-se atividade preponderantemente vinculada, eis que há discricionariedade apenas quanto à definição e à quantificação da pena a ser imposta, não sendo possível à Administração deixar de punir quando a lei assim o exigir.

A discricionariedade para a definição e gradação da penalidade, imposta aos servidores públicos estatutários, deverá pautar-se pela natureza e pela gravidade da infração, bem como pela gravidade dos danos causados ao serviço público. É o que decorre da leitura do §1º do artigo 187 da Lei Complementar Estadual nº 10.098/94. Nos casos em que a falta funcional apresentar reduzida gravidade, o servidor poderá ser advertido apenas verbalmente.

A apuração de irregularidades praticadas por servidores será procedida mediante a instauração de sindicância ou inquérito administrativo, dependendo da gravidade da infração. Identificado o infrator, a aplicação de penalidade disciplinar dependerá de processo administrativo-disciplinar, onde deverá ser garantido ao servidor o contraditório e a ampla defesa.

O poder disciplinar, portanto, decorre do princípio da supremacia do interesse público, na medida em que o Estado pode e deve aplicar sanções quando a lei assim o exigir, o que, em última análise, preserva a integridade do interesse público. Esse Poder, como assinalado, encontra limitações no próprio ordenamento jurídico, haja vista que o administrador não pode aplicar as penalidades sem a observância obrigatória das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa e dos procedimentos definidos expressamente em lei.

4.6 PODER REGULAMENTAR

Pelo poder regulamentar, a Administração Pública pode editar atos de caráter geral, com o objetivo de complementar ou esclarecer o conteúdo das leis que necessariamente lhe antecedem, de forma a assegurar a sua fiel execução. Dessa forma, pode-se afirmar que o poder regulamentar é uma prerrogativa conferida à Administração Pública. São exemplos de atos gerais destinados a garantir a fiel execução das leis os decretos, as resoluções, as instruções normativas e as portarias.

A Constituição do Estado do Rio Grande do Sul consagra expressamente tal poder em seu artigo 82, V, o qual autoriza o Governador do Estado a expedir decretos e regulamentos. A norma constitucional, porém, delimita o campo de atuação desses atos, os quais se restringem à garantia da fiel execução das leis.

Também está expresso na Constituição do Estado o poder regulamentar dos Secretários de Estado. O inciso III do artigo 90 prevê que os Secretários de Estado e as autoridades a eles equiparadas poderão expedir instruções não apenas para a fiel execução das leis, mas também dos decretos e regulamentos. Esses atos de caráter geral não podem contrariar a lei que se pretende regulamentar, dada a vedação imposta pelo princípio da legalidade.

Também são expressões do poder regulamentar as instruções normativas expedidas pelo Contador e Auditor-Geral do Estado, no uso de suas competências legais, a exemplo do que prevê o artigo 11 do Decreto nº 50.063, de 8 de fevereiro de 2013, o qual dispõe sobre a possibilidade de expedição de instrução normativa para instituir normas procedimentais aplicáveis à Administração Pública Estadual, na área de sua competência.

4.7 PODER DE POLÍCIA

O conceito de poder de polícia é fornecido pelo artigo 78 do Código Tributário Nacional – CTN. Segundo tal dispositivo, o poder de polícia corresponde à atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

A doutrina define como atributos do poder de polícia a coercibilidade, a autoexecutoriedade e a discricionariedade. O atributo da coercibilidade permite que os atos baseados no poder de polícia sejam executados independentemente da vontade dos administrados. A autoexecutoriedade permite que a Administração efetive as medidas necessárias – respeitados os limites previstos no ordenamento jurídico – sem necessitar da intervenção judicial para tanto. A discricionariedade como atributo do Poder de Polícia, embora discutível na doutrina, relaciona-se à valoração da atividade policiada e em relação à medida de polícia aplicável.

O poder de polícia, por ser uma atividade estatal típica, é indelegável, o que impossibilita o seu exercício por pessoas jurídicas de direito privado. Dessa forma, por serem as empresas públicas e sociedades de economia mista pessoas jurídicas de direito privado, não podem ser criadas para o desempenho de atividades

de polícia administrativa, conforme já se posicionou o Supremo Tribunal Federal ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.717/DF.

São exemplos desse poder: a concessão de licenças, a fiscalização do cumprimento dos contratos administrativos, a aplicação de punições administrativas, as demolições, as apreensões, os embargos etc. Cumpre referir que tal poder será regularmente exercido quando observar as normas de direito administrativo.

Em regra, o exercício do poder de polícia não dá causa à responsabilidade civil do Estado. Porém, a sua utilização irregular (abuso de autoridade ou desvio de finalidade) pode ocasionar a responsabilidade civil do Estado perante terceiros, bem como a responsabilidade administrativa, civil e penal do servidor responsável pelo ato ilegal.

5. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Sumário: 5.1 Definição e Considerações Gerais - **5.2** Classificação - **5.2.1** Administração Direta - **5.2.2** Administração Indireta - **5.3** Entidades da Administração Indireta – **5.3.1** Autarquias – **5.3.1.1** Agências Reguladoras – **5.3.1.2** Agências Executivas – **5.3.2** Fundações Públicas – **5.3.3** Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista - **5.3.4** Empresas Subsidiárias e Controladas - **5.4** Consórcios Públicos - **5.5** Entidades Paraestatais - Terceiro Setor - **5.5.1** Serviços Sociais Autônomos - **5.5.2** Organizações Sociais - **5.5.3** Entidades ou Fundações de Apoio - **5.5.4** Entidades Profissionais - **5.5.5** Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público

5.1 DEFINIÇÃO E CONSIDERAÇÕES GERAIS

Em sentido formal ou subjetivo, a Administração Pública é o conjunto de órgãos e entes que exercem funções administrativas, compreendendo as pessoas jurídicas e os órgãos públicos incumbidos dessas funções, no âmbito da Administração Direta e Indireta. No sentido funcional ou objetivo, é o conjunto de atividades do Estado, as quais não podem ser classificadas nas funções legislativas e judiciárias.

Na lição de Carvalho Filho (*Manual de Direito Administrativo*, 2010, p. 488),

> excluída a função legislativa, pela qual se criam as normas jurídicas, e a jurisdicional, que se volta especificamente para a solução de conflito de interesses, todo o universo restante espelha o exercício da função administrativa.

A função administrativa deve ser exercida predominantemente pelo Poder Executivo, mas, de forma atípica, os demais Poderes constitucionais também poderão exercê-la. É oportuno dizer que a clássica teoria da separação dos Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário –, apresentada por Montesquieu e contemplada no artigo 2º da Constituição Federal de 1988, em que os Poderes exercem funções de Estado, não apresenta rigidez absoluta na separação das funções. O Poder Legislativo exerce a função precípua de legislar – função típica –, mas também as funções administrativas e jurisdicionais – funções atípicas –, como, por exemplo, o julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade (CF/88, artigo 86).

A atividade administrativa tomou grandes proporções na Constituição Federal de 1988 – diferentemente das anteriores –, eis que trouxe, expressamente, dispositivos nesse sentido, no seu Capítulo VII – Da Administração Pública – do Título III, além de tantos outros incluídos disseminadamente ao longo do texto, tais como o artigo 70 e seguintes, que tratam da fiscalização contábil, financeira e orçamentária.

No Brasil, o modelo de organização adotado é o de Federação – presente na designação República Federativa do Brasil –, formada pela união indissolúvel dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, cada qual autônomo e independente, não existindo hierarquia entre eles. Com o advento da Constituição Federal de 1988, as competências desses entes político-estatais foram repartidas, sendo a União, eixo central da Federação, quem representa a República Federativa do Brasil no plano internacional.

A atividade administrativa pode ser exercida tanto de forma centralizada, diretamente pelos entes políticos – União, Estados, Municípios e Distrito Federal –, quanto descentralizadamente. Isso ocorre quando esses entes políticos instituem novos entes, dotados de personalidade jurídica própria, os quais passam a desempenhar algumas de suas atividades. O Poder Público, além disso, pode transferir determinadas atividades a particulares, com o uso do instituto da delegação, como, por exemplo, a chamada concessão de serviços públicos.

Quando a transferência da atividade ocorre no interior da mesma pessoa jurídica, em que um órgão maior divide-se em órgãos menores, tem-se a denominada desconcentração. O caminho inverso, ou seja, quando a transferência se dá dos menores para o órgão maior, chama-se concentração. Enquanto na desconcentração permanece o vínculo hierárquico, na descentralização há apenas a tutela administrativa, o controle finalístico e a supervisão.

A estrutura da Administração Pública, no âmbito federal, foi disciplinada pelo Decreto-Lei nº 200/67, sendo dividida em Administração Direta e Indireta, esta formada pelas Autarquias, Fundações Públicas, Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e suas Subsidiárias e pelos Consórcios Públicos.

O Código Civil – Lei Federal nº 10.406/02 –, em seu artigo 40, definiu que as pessoas jurídicas são de direito público e de direito privado. Os entes políticos – União, Estados, Municípios e Distrito Federal –, as Autarquias, as Associações Públicas e as demais entidades de caráter público criadas por lei são consideradas pessoas jurídicas de direito público interno. Às outras entidades, o Código conferiu personalidade jurídica de direito privado.

A República Federativa do Brasil é o ente de direito público externo, representado, como já assinalado, no plano internacional pela União. E, a rigor, todos os entes da Administração Pública, Direta e Indireta, sujeitam-se aos princípios e regras do regime administrativo público.

5.2 CLASSIFICAÇÃO

5.2.1 Administração Direta

Para o Professor José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 491), Administração Direta é o "conjunto de órgãos que integram as pessoas federativas, aos quais foi atribuída a competência para o exercício, de forma centralizada, das atividades administrativas do Estado".

A Administração Direta é formada pelas pessoas políticas – União, Estados, Municípios e Distrito Federal – e assim se denomina porque essas pessoas estão previstas diretamente na Constituição Federal de 1988. Compõe-se de órgãos públicos que, segundo Odete Medauar (*Direito Administrativo Moderno*, 2007, p. 51) "são unidades de atuação, que englobam um conjunto de pessoas e meios materiais ordenados para realizar uma atribuição predeterminada". Esses órgãos têm estrutura, competências, servidores e poderes, mas são destituídos de personalidade jurídica, mesmo que possam ter capacidade postulatória, como é o caso, por exemplo, da Mesa da Assembleia Legislativa.

Na Administração Pública, a atribuição denomina-se competência, que "significa a aptidão legal conferida a um órgão ou autoridade para realizar determinadas atividades". (MEDAUAR, 2007. p. 51) Segundo o número de pessoas incumbidas da decisão, os órgãos podem ser singulares, se a deliberação é tomada por uma só pessoa, ou colegiados, se por um grupo.

5.2.2 Administração Indireta

A Administração Indireta é o conjunto de pessoas jurídicas dotadas de personalidade de direito público ou privado, criadas ou autorizadas por lei específica para prestar serviços públicos ou exercer atividades econômicas e distintas daquelas que as instituíram, tendo seu fundamento na descentralização administrativa.

Pelo princípio da reserva legal, é necessária uma lei específica para criar ou autorizar a instituição dessas entidades, e, pelo princípio da simetria de formas, a extinção também exige lei. A sua criação resulta de decisão dos entes políticos, pessoas jurídicas de existência obrigatória pela Constituição Federal, e, em tese, também os Poderes Judiciário e Legislativo poderiam criá-las.

Enquanto a Administração Direta tem, entre suas funções, o exercício do poder de polícia e a prestação de serviço público, as entidades da Administração Indireta podem prestar serviço público e exercer atividades econômicas.

5.3 ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

A Administração Indireta é integrada pelas Autarquias, Fundações Públicas, Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e suas Subsidiárias e, recentemente, pelos Consórcios Públicos. A seguir, são apresentadas as principais características de cada um desses entes.

5.3.1 Autarquias

Para José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 508),

> pode-se conceituar autarquia como a pessoa jurídica de direito público, integrante da Administração Indireta, criada por lei para desempenhar funções que, despidas de caráter econômico, sejam próprias e típicas do Estado.

Em função das prerrogativas concedidas aos novos entes autárquicos, a doutrina passou a denominar de "autarquias comuns" aquelas formatadas nos moldes anteriores, as quais se sujeitam a amplo controle finalístico exercido pela Administração Direta, como a admissão e o afastamento de diretores, e de "autarquias de regime especial" aquelas com prerrogativas especiais e diferenciadas, em que a autonomia e a independência são ampliadas em comparação com as "autarquias comuns".

O termo "autarquia de regime especial" foi empregado pela primeira vez pela Lei Federal nº 5.540/68, que fixa normas de organização e funcionamento do ensino superior, para reconhecer às universidades públicas grau de autonomia e independência superior.

A criação das autarquias depende de lei específica e, em obediência ao princípio do paralelismo de formas, sua modificação e extinção também exigem lei, mesmo que, para esses casos, o entendimento da doutrina seja de que não é necessária lei específica. A instituição independe de registro da pessoa jurídica segundo as formalidades exigidas para as pessoas jurídicas privadas.

A personalidade jurídica das autarquias é de direito público, sendo considerada pelo Código Civil pessoas jurídicas de direito público interno. Sua finalidade vincula-se ao exercício de atividades da Administração Pública com atuação impositiva e poder de polícia, serviço público típico. Apresenta características similares às dos entes políticos, sujeitando-se ao regime administrativo destes, em especial às disposições do artigo 37 da Constituição Federal.

Dentre essas normas, destacam-se: o ingresso por concurso público; a limitação da remuneração a um "teto remuneratório"; a vedação ao acúmulo de empregos ou cargos, e a observância à Lei de Licitações – Lei Federal nº 8.666/93.

As autarquias beneficiam-se da imunidade tributária recíproca de impostos sobre patrimônio, renda ou serviços vinculados às suas finalidades essenciais, ou às delas decorrentes, e dos privilégios processuais, com prazo quadruplicado para contestar e em dobro para recorrer.

A prescrição para cobrança de dívidas das autarquias, nos mesmos moldes das outras pessoas jurídicas de direito público, ocorre no prazo de cinco anos sendo sua escrituração contábil realizada pelas regras de contabilidade pública, definidas pela Lei Federal nº 4.320/64.

As autarquias respondem, em regra, de forma objetiva pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso se constatado dolo ou culpa do servidor, e respondendo o ente instituidor subsidiariamente. Ao gestor cabe providenciar a abertura de processo investigativo para apurar a eventual responsabilidade do agente, visando à obtenção do ressarcimento aos cofres públicos, se for o caso.

5.3.1.1 Agências Reguladoras

As agências reguladoras, denominadas de "autarquias de regime especial", surgiram com o processo de desestatização, o que fez com que o Estado pudesse melhor exercer o seu chamado poder de polícia, regulando, normatizando, controlando e fiscalizando atividades e bens transferidos ao setor privado. Essas Agências visam a preservar o interesse público e assegurar o equilíbrio entre usuários e particulares.

Com o decorrer do tempo, foram criadas novas agências para exercer outras atividades que não as originalmente previstas como é o caso da Agência Nacional do Cinema – ANCINE, para o fomento de atividades voltadas à indústria cinematográfica e videofonográfica, e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária ª ANVISA, para o exercício de atividades nessa área, típicas de Estado.

Por não haver regras-padrão respeitantes às "autarquias de regime especial", a lei que as cria é que define o seu grau de autonomia e seus privilégios, entre outros aspectos.

Na comparação com as autarquias "comuns", as de "regime especial" apresentam, como peculiaridades, maior independência e autonomia financeira e administrativa – seus dirigentes, inclusive, possuem mandato e sua nomeação é aprovada pelo Poder Legislativo, bem como detêm poder normativo, nos limites da lei, e poder fiscalizatório. Essas autarquias, todavia, seguem as mesmas regras do direito administrativo aplicáveis às autarquias "comuns", podendo, porém, optar por modalidades específicas de licitação, como o pregão e a consulta, exceto para obras e serviços de engenharia.

É vedado aos seus ex-dirigentes, até um ano depois de deixarem o cargo, representar qualquer interesse perante a agência ou prestar serviços a empresas sob sua regulamentação.

No âmbito do Estado do RS, existe a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos – AGERGS, criada pela Lei Estadual nº 10.931/97, cujo objetivo precípuo é assegurar uma adequada prestação de serviços, a harmonia entre usuários e prestadores de serviços e o equilíbrio econômico-financeiro dos ajustes.

5.3.1.2 Agências Executivas

É uma qualificação concedida por decreto específico a uma entidade que já existe – autarquia ou fundação pública – desde que seja celebrado contrato de gestão com o órgão da Administração Direta a que está vinculada. A entidade não nasce agência executiva, apenas recebe esse título.

Essas agências foram introduzidas no direito brasileiro com o propósito de aprimorar a gestão, com base no controle dos resultados e no cumprimento de objetivos e metas. Fundamentam-se na Constituição Federal, artigo 37, § 8º, tendo sido regulamentadas pela Lei Federal nº 9.649/98, pelo Decreto Federal nº 2.487/98 e pelo Decreto Federal nº 2.488/98. No Rio Grande do Sul, a Lei Estadual nº 12.237/05 regulamentou a matéria.

O título de agência executiva poderá ser concedido a autarquias ou fundações, contanto que tenham planos estratégicos de reestruturação e de desenvolvimento institucional voltado à melhoria da qualidade da gestão e à redução de custos. Essa qualificação dá à entidade maior autonomia e flexibilidade gerencial, orçamentária e financeira. O ajuste, para tanto, deverá prever as metas e os meios para atingi-las, as penalidades em caso de descumprimento, o prazo de vigência do contrato e as condições para revisão, renovação e rescisão. A flexibilidade ocorre também nas contratações, cujos valores passíveis de dispensa de licitação são mais elevados – o dobro –, se comparados à regra geral da Lei de Licitações.

Em nível estadual, não há exemplo de agências executivas. Na esfera federal, contudo, foram qualificadas como agências executivas a Agência Brasileira de Inteligência – ABIN, o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO e a Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ.

Cabe destacar, por oportuno, as principais diferenças entre agência reguladora e agência executiva. Enquanto na agência reguladora a criação e a definição das atribuições se dão por lei, nas executivas o título de qualificação e as prerrogativas são fixados por decreto. Para se manter como agência executiva, a entidade depende do cumprimento das metas definidas no contrato de gestão, estando, também, sujeita a perder essa qualificação no caso de seu descumprimento ou de não renovação das metas previstas. De outra parte, para a agência reguladora, a manutenção das prerrogativas independe do desempenho, e a perda da condição, pelo princípio da simetria de formas, ocorre somente com alteração legal.

As agências executivas direcionam a prática de suas atividades administrativas diretamente aos administrados, diferentemente das agências reguladoras, que, em regra, desenvolvem atividades normativas e reguladoras para outras entidades públicas ou privadas. Nas reguladoras, os dirigentes detêm mandato, o que lhes dá estabilidade institucional; nas executivas, os gestores podem ser destituídos por ato administrativo.

5.3.2 Fundações Públicas

As fundações públicas são consideradas um patrimônio dotado de personalidade jurídica, afetado a um fim social, sem finalidade lucrativa e com autonomia administrativa, sem hierarquia, mas supervisionado pelo ente instituidor. Caso as fundações obtenham resultado positivo, este reverterá ao atendimento dos fins da entidade.

As fundações, *lato sensu,* podem ser privadas, quando instituídas por particulares, ou públicas, se o patrimônio for originário de ente do Poder Público e a finalidade for essencialmente pública.

Para se referir a esses entes, que integram a Administração Indireta, a Constituição Federal de 1988 utilizou as seguintes expressões: "fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público", "fundações públicas", "fundações controladas pelo Poder Público", "fundações sob controle estatal", "fundações governamentais" e apenas "fundações", mas tão-somente dessas palavras não se pode extrair a sua natureza jurídica.

Pela doutrina dominante, as fundações públicas, no que tange à natureza jurídica, podem ter personalidade jurídica de direito público ou de direito privado. São criadas ou autorizadas por lei específica para

desempenhar atividades em áreas sociais atribuídas ao Estado, tais como educação, saúde e assistência social, as quais constituem serviços públicos que o Estado deve prestar diretamente à sociedade.

A instituição das fundações dotadas de personalidade jurídica de direito privado depende também do registro pelas formas privadas – Registro Civil de Pessoas Jurídicas. Essa medida tem por finalidade transferir o patrimônio (afetar à finalidade) e não o objetivo de definir a natureza privada da fundação. Pelo princípio do paralelismo de formas, a modificação e a extinção das fundações devem ocorrer por lei, até para destinar o patrimônio que foi afetado àquele fim, mesmo que não seja necessária a edição de lei específica.

As fundações com personalidade de direito público podem desempenhar atividades em que seja necessário o uso da autoridade estatal – poder de polícia – e estão sujeitas exclusivamente ao regime jurídico administrativo, integrando o complexo político-administrativo das pessoas jurídicas do direito público interno.

A jurisprudência, inclusive emanada do Supremo Tribunal Federal – STF, mesmo após a vigência da Emenda Constitucional nº 19/98, vem considerando as fundações públicas como uma espécie de autarquia, denominando-as de "autarquias fundacionais". Essa denominação poderia ser um exagero se não tivesse a Constituição Federal concedido tratamento semelhante a autarquias e fundações em dispositivos constitucionais, como, por exemplo, no artigo 40, *caput*, e no artigo 150, § 2º, evidenciando a intenção de atribuir-lhes personalidade jurídica de direito público. Pela finalidade social que visam a atingir, as fundações aproximam-se mais das autarquias do que das empresas públicas ou sociedades de economia mista.

À semelhança das autarquias, para as fundações de direito público, aplica-se o regime administrativo quanto a pessoal – ingresso por concurso, vedação de acumular cargos ou empregos e sujeição ao teto remuneratório –, a licitações e contratos, ao regime de bens e à imunidade tributária.

Para as constituídas com personalidade jurídica de direito privado, também incide uma série de regras do regime administrativo, como a criação e a instituição de quadro de pessoal por lei, a realização de licitações e a obrigatoriedade de prestar contas de sua gestão. Seus empregados são escolhidos por processo seletivo público (concurso) e contratados pelo regime celetista, sendo vedada também a acumulação de empregos; os bens são privados, mas possuem certa proteção, em razão da aplicação de regras do direito administrativo, pelo desempenho de atividade de interesse público.

As regras de direito administrativo, quanto à responsabilidade civil, incidem tanto para as fundações de direito público quanto para as de direito privado prestadoras de serviço público, inclusive quanto à responsabilidade subsidiária do ente instituidor.

Submetem-se ao controle interno (no Estado do RS, pela CAGE), externo (pelo Tribunal de Contas) e ao exercido pelo Ministério Público, mas este ocorre de forma diferente, conforme a personalidade jurídica da respectiva entidade. Nas fundações eminentemente de direito privado, o controle é realizado nos termos do artigo 66 do Código Civil de 2002, em que o Ministério Público é o responsável por zelar pela vontade do instituidor e preservar o seu patrimônio, afetado a um fim específico. Nas de direito público, esse controle direto não existe, ocorrendo a defesa da ordem jurídica e dos interesses da coletividade de forma geral, nos termos da Constituição Federal de 1988.

Cumpre enfatizar, aqui, as principais diferenças existentes entre as fundações públicas e as autarquias, pois, embora as fundações com personalidade jurídica de direito público assemelhem-se muito às autarquias, existem, com relação a uma e outra, significativas diferenças. Enquanto estas realizam atividades típicas da Administração Pública, aquelas, quando instituídas como pessoa jurídica de direito público, atuam em atividades de interesse público. As autarquias têm atuação em setor exclusivo do Estado e, em seu âmbito, o Estado necessita transferir um serviço público típico para uma pessoa jurídica distinta, enquanto as fundações não atuam exclusivamente em setor público estadual e, em sua esfera, o Poder Público, detentor do patrimônio, pode dotá-lo de personalidade jurídica para atender a uma determinada necessidade social.

5.3.3 Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista

O Estado pode criar entidades para exploração de uma atividade econômica – atividade típica do setor privado –, desde que sejam necessárias aos imperativos de segurança nacional ou haja relevante interesse coletivo, conforme autoriza o artigo 173 da Constituição Federal, bem como para a prestação de um determinado serviço público. Essas entidades são as chamadas empresas públicas e sociedades de economia mista – SEM, que integram a Administração Pública Indireta.

O Professor José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 537) assim define essas estatais:

> Empresas Públicas são pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Indireta do Estado, criadas por autorização legal, sob qualquer forma jurídica adequada a sua natureza, para que o Governo exerça atividades gerais de caráter econômico ou, em certas situações, execute a prestação de serviços públicos.
> Sociedades de Economia Mista são pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Indireta do Estado, criadas por autorização legal, sob a forma de sociedades anônimas, cujo controle acionário pertença ao Poder Público, tendo por objetivo, como regra, a exploração de atividades gerais de caráter econômico e, em algumas ocasiões, a prestação de serviços públicos.

Essas empresas e sociedades são pessoas jurídicas de direito privado, aí incluídas as prestadoras de serviço público. Com base no entendimento do STF de que as atividades típicas do Estado não podem ser delegadas a entidades privadas, conclui-se, por evidente, que tais entidades não estão aptas a exercer o chamado poder de polícia.

A sua criação depende de autorização legislativa específica, mas a sua instituição se dá pelos meios privados, com o registro na Junta Comercial ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas; a extinção, pelo princípio da simetria de formas, depende de lei, mesmo que não específica.

As entidades exploradoras de atividade econômica seguem as normas das demais empresas de direito privado, inclusive quanto às obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias, porém, em algumas situações, essas normas de direito privado sofrem derrogações por normas de direito público, que prevalecem, resultando em um regime jurídico híbrido.

Os empregados são contratados pelo regime celetista, entretanto, aplicam-se as regras do direito administrativo: exigência de concurso público, vedação de acumular empregos ou funções públicas e observância do teto remuneratório, esta última apenas aplicável às entidades que necessitam de repasse de recursos do ente instituidor para despesas de pessoal e de custeio. Para fins da Lei de Improbidade Administrativa, os empregados das empresas prestadoras de serviços públicos equiparam-se aos servidores públicos em geral.

Os bens das empresas estatais são privados (Código Civil, artigo 98, *a contrario sensu*), sem regime especial de proteção, mas são tratados de forma diferente, conforme a sua destinação e/ou a atividade da entidade. Já, os bens das empresas prestadoras de serviços públicos afetados diretamente a essa finalidade, em função do princípio da continuidade do serviço público, são beneficiados por prerrogativas do regime administrativo: imprescritibilidade, impenhorabilidade, alienabilidade condicionada e não-sujeição a ônus reais.

Os demais bens dessas entidades prestadoras de serviços públicos que não estão afetados à prestação de serviços propriamente ditos e os das exploradoras de atividade econômica sujeitam-se ao regime privado, o que não significa sua equiparação aos bens privados sem nenhuma restrição. Incidem sobre eles normas de direito público, desde que expressamente previstas, como o controle externo do artigo 70 da CF.

Nas sociedades de economia mista, a Assembleia Geral tem a prerrogativa de autorizar a alienação de bens. As ações pertencentes ao Estado têm sua alienação condicionada, necessitando de lei para a desafetação. As contratações devem observar as regras da Lei de Licitações, mas essas entidades têm a prerrogativa de instituir regulamento próprio. E, ainda, poderão dispensar a licitação em valores mais elevados – em dobro – se comparados à regra da Lei de Licitações.

Em regra, as empresas estatais não gozam de privilégios administrativos, tributários e processuais. O regime tributário é o mesmo das empresas privadas, mas, enfatize-se, o STF, em decisão favorável à Empresa de Correios e Telégrafos – ECT, reconheceu a imunidade tributária recíproca para essa empresa prestadora de serviço público. Deve-se considerar, todavia, que, por certo, o Constituinte de 1988 objetivou que as estatais fossem tratadas de forma equivalente às empresas privadas e não em igualdade absoluta.

A Lei Federal nº 11.101/05, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, no artigo 2º, inciso I, afasta sua aplicabilidade às empresas públicas e às sociedades de economia mista. Mesmo que, na doutrina e na jurisprudência, não exista consenso sobre o assunto, pode-se afirmar que elas não estariam sujeitas à recuperação judicial, ao menos no que diz respeito às prestadoras de serviços públicos, em função do princípio da continuidade desses serviços.

A responsabilidade civil pelos danos causados por seus agentes, dependendo da atividade exercida, é diferente. Para as exploradoras de atividade econômica, a responsabilidade é subjetiva, ressalvados os casos em que haja legislação própria dispondo de forma diversa; já, para as prestadoras de serviços públicos, é objetiva, sendo assegurado, neste caso, o direito de regresso contra o responsável, se houver dolo ou culpa.

Tais entidades sujeitam-se ao controle do Tribunal de Contas e do Ministério Público, controle este não incidente sobre os recursos captados da iniciativa privada, como, por exemplo, os depósitos dos clientes do Banrisul, por não serem recursos públicos. Os seus agentes sujeitam-se aos dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa.

Em nosso Estado, há o exemplo de uma empresa com participação acionária das três esferas de governo, a Empresa de Trens Urbanos de Porto Alegre S/A – TRENSURB, com a seguinte composição acionária: a União com 99,2783% do capital, o Estado do RS com 0,5583% e o Município de Porto Alegre com 0,1634%; não há participação de capital privado. Embora denominada de sociedade anônima, a composição societária levaria a caracterizá-la como empresa pública.

Existem diferenças entre uma empresa pública e uma sociedade de economia mista. A empresa pública é constituída com capital exclusivamente público e pode revestir-se de qualquer das formas admitidas pelo direito, enquanto a Sociedade de Economia Mista – SEM tem, além do público, a participação do capital privado, ainda que minoritário, podendo ser criada somente sob a forma de sociedade anônima. A empresa pública não tem finalidade lucrativa, e os riscos da atividade são do Estado, ao contrário, o objetivo da SEM é o lucro, porque os seus parceiros privados buscam lucrar, mas ela também reparte com eles eventuais prejuízos. As empresas públicas, em geral, são entidades unipessoais, já, as sociedades de economia mista, invariavelmente, têm múltiplos sócios (acionistas).

5.3.4 Empresas Subsidiárias e Controladas

Além das entidades já referidas e que integram a Administração Indireta, existem também as empresas subsidiárias e as controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público.

A subsidiária é uma entidade controlada por outra, sendo essa relação integral quando a controladora é a única acionista. Toda subsidiária é uma controlada, mas nem toda controlada é uma subsidiária.

A Lei Federal nº 6.404/76, no artigo 243, §2º, definiu controlada como "a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores". E a Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar Federal nº 101/2000 –, artigo 2º, inciso II, a definiu como "empresa controlada: sociedade cuja maioria do capital social com direito a voto pertença, direta ou indiretamente, a ente da Federação".

Embora a Constituição Federal autorize a instituição de empresa subsidiária por qualquer entidade da Administração Indireta, na prática, apenas as sociedades de economia mista e as empresas públicas têm subsidiárias. A sua criação depende de autorização legal e, pelo paralelismo de formas, a modificação e a extinção também exigem lei.

Aplicam-se às subsidiárias, em geral, as mesmas regras da entidade criadora e, por não estar relacionada de forma explícita no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, há entendimentos doutrinários de que somente incidiriam as normas do regime público quando houver menção expressa, como, por exemplo, as do artigo 37, XVII (acumulação) e do artigo 37, §9º (teto remuneratório).

As normas sobre licitações e contratos, por expressa previsão no parágrafo único do artigo 1º da Lei de Licitações, aplicam-se às subsidiárias, mas lhes possibilitam adotar regulamento próprio.

As subsidiárias e as controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público sujeitam-se ao controle interno e externo, inclusive as que não integram a Administração Indireta, por existir patrimônio público envolvido.

Para que uma entidade instituída por uma sociedade de economia mista, na condição de subsidiária, entre no mundo jurídico como uma sociedade de economia mista específica, é preciso que lei específica autorize a sua criação, atribuindo essa qualidade à nova entidade. A doutrina convencionou denominá-la de sociedade de economia mista de segundo grau, para diferenciá-la da criadora, que é considerada de primeiro grau. Ambas integrariam, portanto, a Administração Indireta.

Se a instituição resultar de autorização legislativa genérica, que pode estar na própria lei de criação da Sociedade de Economia Mista – SEM, sem lhe atribuir essa qualidade, seria "apenas" sociedade anônima – "sociedade controlada direta ou indiretamente pelo Poder Público" – e não uma sociedade de economia mista. O STF, da mesma forma, tem decidido que não basta que ela detenha a maioria do capital social da

subsidiária para que seja considerada uma SEM, a lei específica é necessária. Ainda que o assunto apresente divergências, a rigor não integra a Administração Indireta.

Cumpre destacar, ademais, que a Lei Federal nº 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas), em seu artigo 235, § 2º, dispõe que as entidades que tiverem a participação acionária, majoritária ou minoritariamente, de sociedades de economia mista estarão sujeitas às suas regras gerais (ou seja, às da Lei das Sociedades Anônimas) e não às disposições especiais de capítulo específico destinado às sociedades de economia mista.

5.4 CONSÓRCIOS PÚBLICOS

A cooperação é uma forma de articulação dos entes federativos que visa à realização de objetivos comuns. Para tanto, tais entes poderão constituir consórcios públicos e formalizar convênios de cooperação, previstos no artigo 241 da Constituição Federal, com a alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 19/98.

Os consórcios públicos foram disciplinados pela Lei Federal nº 11.107/05, que inovou ao atribuir-lhes personalidade jurídica e natureza contratual –, até então eles eram despersonalizados – para os quais bastava um protocolo de intenções. O Código Civil de 2002, forte no artigo 41, inciso IV, passou a considerá-los como pessoa jurídica de direito público interno.

Denominam-se de consórcios públicos as parcerias formadas por dois ou mais entes da federação para prestar serviços públicos por meio de gestão associada. Os consórcios apresentam mais características de convênio, em face dos interesses comuns, do que de contrato, como prevê a lei. Poderão consorciar-se todas as pessoas políticas, inclusive a União, o que antes era vedado, bem como não é mais exigência que apenas entes semelhantes participem desses contratos.

A articulação e a coordenação entre esses entes federados, na gestão de serviços públicos, poderão abranger áreas como saneamento básico, saúde, educação, habitação, integração dos sistemas de transporte urbano, abastecimento de água, tratamento do lixo, destinação final de resíduos sólidos, segurança pública e aquisição de máquinas.

Para alcançar seus objetivos, os consórcios podem firmar convênios, contratos e acordos e receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos de Governo, sendo, inclusive, autorizada a celebração de contrato de gestão e termo de parceira com organizações sociais e OSCIPS.

As etapas para a constituição da entidade "Consórcio Público" incluem:

a) Protocolo de intenções – É a etapa inicial na qual são estabelecidas as condições detalhadas do futuro consórcio. Deve ser subscrito pelos Chefes do Poder Executivo de cada um dos consorciados e necessita ser publicado. Nos consórcios públicos tradicionais, que são um tipo de convênio, a assinatura do protocolo é a última etapa.
b) Ratificação – É a aprovação do protocolo de intenções, mediante lei específica de cada consorciando, sendo a lei dispensada para o ente que já houver disciplinado por lei, antes da subscrição do protocolo de intenções, a sua participação no consórcio. A ratificação atende ao dispositivo constitucional que exige lei para criação de entidade cuja alteração ou extinção dependerá de aprovação da assembleia geral, ratificada mediante lei por todos os entes consorciados.
c) Estatuto – A assembleia geral dos entes consorciados deliberará sobre o estatuto, respeitando o previsto no protocolo de intenções, convertido, com a ratificação, em contrato de constituição do consórcio público. O estatuto irá prever a estrutura do consórcio e o funcionamento de seus órgãos.

Os consórcios públicos poderão constituir-se sob a forma de pessoa jurídica de direito público – associações públicas –, de natureza autárquica, e pessoa jurídica de direito privado – associações privadas –, entes em colaboração com o poder público, sem fins lucrativos. As primeiras adquirem personalidade jurídica com a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções; as de direito privado dependem do registro em cartório dos seus atos constitutivos.

A Lei Federal nº 11.107/05 estabeleceu que apenas as entidades com personalidade de direito público integram a Administração Indireta dos entes federados participantes, no entanto, não se pode conceber que entes criados por pessoas jurídicas políticas não integrem também a Administração Indireta.

Por meio do contrato de consórcio, os entes federados podem-se unir visando à gestão associada de serviços públicos. Para viabilizar a prestação de serviços pelo consórcio a um ente consorciado ou entre

todos, é formalizado o contrato de programa, que é o instrumento utilizado para constituir e regular as obrigações de um ente da Federação com outro ou com o consórcio público e visa a disciplinar a prestação dos serviços ou a transferência de encargos, serviços, pessoal ou bens necessários à continuidade das atividades transferidas. O contrato continuará vigorando, mesmo quando for extinto o consórcio público.

Caso previsto no contrato de consórcio, entidades da Administração Indireta de entes consorciados poderão celebrar um contrato de programa, não sendo permitido, porém, que tal contrato atribua ao contratado o planejamento, a regulação e a fiscalização dos serviços da gestão associada – atividades de gestão –, restando permitida apenas a sua execução – atividade de execução. A gestão é delegada pelos entes políticos somente ao consórcio, o qual poderá figurar como outorgante de serviços ou obras.

As receitas dos consórcios têm origem nos contratos com os consorciados, por meio da arrecadação decorrente da gestão associada dos serviços, do contrato de rateio e dos convênios com entes não consorciados. Também podem originar-se do recebimento de auxílios, contribuições e subvenções sociais e econômicas de outras entidades e órgãos do Governo.

O contrato de rateio é o instrumento idôneo para viabilizar a entrega de recursos pelo ente consorciado ao consórcio, constituindo-se na formalização, a cada exercício financeiro, da destinação das dotações orçamentárias para o custeio das atividades do consórcio. Aquele que não consignar recursos orçamentários para fazer frente às obrigações assumidas poderá ser excluído do consórcio.

Os consórcios submetem-se à Lei de Licitações, mas, quanto à definição da modalidade de licitação, os valores são dobrados para os consórcios formados por até três entidades e triplicados para os compostos por número superior. Os consórcios poderão dispensar a licitação em valores mais elevados – dobrados – se comparados aos demais entes, bem como poderão ser contratados – contrato de programa – pela Administração Direta e Indireta dos entes consorciados, com dispensa de licitação.

Os consórcios, mesmo os constituídos nos termos da lei civil, estão sujeitos às normas de direito público – regime híbrido – relativamente a licitações, prestação de contas e admissão de pessoal, ainda que pela CLT. Devem observar as normas de direito público na contabilização, têm o dever de prestar contas e sujeitam-se à fiscalização do Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo, representante legal do consórcio e eleito pelos titulares dos entes consorciados. Mesmo assim, não pode ser afastada a competência ampla dos Tribunais em relação a qualquer gestor de recursos públicos.

A Lei Federal nº 8.429/92 foi alterada para considerar como atos de improbidade administrativa ações que contrariem a Lei dos Consórcios. Os consórcios poderão receber servidores cedidos pelos entes consorciados, com restrição para os que vierem a desempenhar atividade impositiva, os quais não poderão ser celetistas. E, ainda, os entes consorciados poderão transferir ou alienar bens para o consórcio.

5.5 ENTIDADES PARAESTATAIS – TERCEIRO SETOR

As entidades paraestatais, que a doutrina também denomina de entes de cooperação – ou terceiro setor –, entes em colaboração ou entes em situação particular, não integram a Administração Indireta, mas, mesmo assim, sobre elas incide uma série de normas do regime público administrativo, em maior ou menor nível.

A palavra *paraestatal* é formada pelo prefixo grego "para", que significa "ao lado de", que se une ao radical "estatal", significando o ente que está ao lado do Estado para executar atividades estatais. Trata-se de entidades privadas, instituídas por particulares, sem vínculo orgânico com a Administração Pública. Colaboram com o Estado em atividades não exclusivas deste mediante algum incentivo do Poder Público, como subvenções sociais ou isenções, sujeitando-se, por isso, ao controle exercido pelo Tribunal de Contas.

O terceiro setor – assim denominado porque coexiste com o primeiro e com o segundo setores, que são o Estado e o mercado, respectivamente – é formado por serviços sociais autônomos, entidades de apoio, organizações sociais, entidades profissionais e organizações da sociedade civil de interesse público.

O Professor Paulo de Tarso Dresch da Silveira divide os entes em colaboração com o Poder Público entre aqueles que têm vínculo orgânico com o Poder Público, em que o Estado participa da criação ou do capital social, e os sem nenhum vínculo. Entre os primeiros, inclui as fundações privadas, instituídas e mantidas pelo Poder Público, as sociedades controladas direta ou indiretamente pelo Estado, os serviços sociais autônomos, as subsidiárias de uma sociedade de economia mista e os conselhos profissionais. As Organizações Não-Governamentais – ONGs podem ser citadas como entes sem vínculo orgânico.

Entre essas entidades denominadas de paraestatais, destacam-se os Serviços Sociais Autônomos, as Organizações Sociais, as Entidades ou Fundações de Apoio, as Entidades Profissionais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs.

5.5.1 Serviços Sociais Autônomos

Os serviços sociais autônomos são entidades colaboradoras com o Estado; atuam como uma forma de parceria para financiar atividades que visem ao aperfeiçoamento profissional e à melhoria do bem-estar social dos trabalhadores, fornecendo assistência e ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais. É atividade privada de interesse público, não exclusiva do Estado, mas incentivada e subvencionada por este, e não é um serviço público, portanto, não se trata de descentralização administrativa.

Para Odete Medauar (2007, p. 96), os serviços sociais autônomos "são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, destinados a propiciar assistência social, médica ou ensino à população ou a certos grupos profissionais".

Esses serviços são instituídos mediante inscrição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas sob a forma de fundações, sociedades civis ou associações, com personalidade jurídica de direito privado, e, em geral, não estão sujeitos às normas de direito público. As obrigações são estabelecidas na lei ou no contrato de gestão. A lei não cria, mas autoriza a instituição, sendo, em geral, a tarefa atribuída às confederações.

As entidades não visam ao lucro, e suas receitas são originárias, principalmente, de contribuições parafiscais instituídas por lei; entretanto, podem vir, ainda, de dotação orçamentária específica, convênios ou contratos de gestão. A sua criação, por receberem contribuições parafiscais, depende de autorização legislativa, e submetem-se ao controle exercido pelo Tribunal de Contas devido também ao recebimento dessas contribuições.

O ingresso de pessoal é feito por meio de processo seletivo, e seus empregados são contratados pelo regime celetista, sendo equiparados a servidores públicos para fins criminais e de responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa. Os salários seguem os padrões de mercado e não estão sujeitos ao "teto remuneratório" dos servidores públicos.

Essas entidades seguem a Lei de Licitações, mas podem adotar regulamento próprio. O benefício da imunidade tributária está condicionado à não remuneração, por qualquer forma, dos cargos da diretoria, dos conselhos fiscais, deliberativos ou consultivos e à não distribuição de lucros, bonificações ou vantagens a dirigentes, mantenedores ou associados, sob nenhuma forma ou pretexto.

5.5.2 Organizações Sociais

A iniciativa privada pode cooperar com o Estado, estabelecendo parcerias em áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde para a prestação de serviços públicos não exclusivos do Estado. Nos termos da Lei Federal nº 9.637/98, o Poder Executivo poderá atribuir qualificação como organizações sociais a associações civis ou fundações privadas instituídas por particulares, sem fins lucrativos, sob a forma de pessoa jurídica de direito privado. Registre-se, por oportuno, que dispositivos da mencionada lei estão sendo questionados, acerca de sua inconstitucionalidade, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923 MC/DF.

As entidades qualificadas desenvolvem, com incentivo e fiscalização do Poder Público, atividade pública de natureza não exclusiva do Estado, mediante vínculo jurídico – contrato de gestão –, submetendo-se às regras de direito privado. Não se trata de serviço público delegado, pois não integram a Administração Pública. Na área de saúde, absorvendo atividade de entidade federal extinta, ocorre uma exceção em que há prestação de serviço público.

Segundo a Professora Maria Sylvia Zanella di Pietro (*Direito Administrativo*, 2006, p. 486),

> são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado, com incentivo e fiscalização pelo Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de contrato de gestão.

A qualificação como organização social depende de habilitação perante a Administração Pública, sendo a entidade declarada como "de interesse social e utilidade pública" e suas obrigações estabelecidas no

contrato de gestão, que não é o de que trata o artigo 37, § 8º, da CF/88. O objetivo dessa qualificação é conceder maior autonomia e flexibilidade à execução dessas atividades e aumentar a eficiência e a qualidade dos serviços. Para tanto, essas organizações poderão receber recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão, podendo auferir, ainda, receita própria com a venda de serviços. Em caso de descumprimento do contrato, poderão ser desqualificadas, por Decreto, a exemplo de sua habilitação, sendo os bens públicos revertidos ao Estado.

A Lei exige que o órgão de deliberação superior dessas entidades tenha representantes do Poder Público e da comunidade, com notória capacidade profissional e idoneidade moral.

Essas organizações sociais, por certo, assumirão atividades ora desempenhadas por órgãos ou entidades estatais. A consequência será a extinção destas, implicando a cedência àquelas das instalações e dos bens móveis e imóveis. O serviço que é público passará a ser prestado como atividade privada. A mesma atividade será exercida, de fato, pelos mesmos servidores e com a utilização do mesmo patrimônio. O objetivo é que os servidores se constituam pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, habilitados como organizações sociais, sem ter que se submeter aos rigores do regime administrativo público.

A contratação de pessoal para essas entidades é feita pelo regime celetista, não se sujeita às regras de direito público. Não é exigido concurso público, e os salários regulam-se pelas regras de mercado, não tendo que observar o "teto remuneratório" aplicável ao serviço público. É admissível a cessão especial de servidores públicos para realizar as atividades, com ônus para o Poder Público, permitindo-se, inclusive, remuneração complementar, desde que decorra do contrato de gestão e que não seja com o uso de recursos públicos.

Somente estão sujeitas à Lei de Licitações nos casos de aquisição de bens ou serviços com recursos públicos, mas têm autonomia para editar regulamento próprio. Podem, ainda, ser contratadas com dispensa de licitação (artigo 24, XXIV, da Lei Federal nº 8.666/93).

A imunidade tributária está condicionada ao não pagamento de remuneração, por qualquer forma, aos detentores de cargos da diretoria e aos integrantes de conselhos fiscais, deliberativos ou consultivos, e à não distribuição de lucros, bonificações ou vantagens a dirigentes, mantenedores ou associados, sob nenhuma forma ou pretexto. É vedada a distribuição de bens ou de parcela do patrimônio para associado ou membro, em função de desligamento, retirada ou falecimento.

As suas obrigações e metas serão supervisionadas pelo órgão que tenha firmado o contrato de gestão. E o controle quanto aos recursos públicos será exercido pelo Tribunal de Contas.

5.5.3 Entidades ou Fundações de Apoio

As entidades de apoio não possuem fins lucrativos e são criadas por servidores com a finalidade de cooperar com as instituições de ensino superior, nas áreas de ensino e de pesquisa, bem como desempenhar atividades de interesse público próprias da entidade estatal, com os mesmos objetivos e áreas de atuação do órgão ou da entidade pública que apoiam.

Para a Professora Maria Sylvia Zanella di Pietro (2006, p. 483), são

> pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por servidores públicos, porém em nome próprio, sob forma de fundação, associação ou cooperativa, para a prestação, em caráter privado, de serviços sociais não exclusivos do Estado, mantendo vínculo jurídico com entidades da Administração Direta ou Indireta, em regra por meio de convênio.

Exceto quanto às fundações de apoio às instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica, disciplinadas pela Lei Federal nº 8.958/94, as demais entidades de apoio não possuem legislação específica. São criadas com recursos privados, em geral oriundos dos próprios servidores públicos da entidade que pretendem apoiar, sob a forma de fundação, associação ou cooperativa, com personalidade jurídica de direito privado, instituída nos termos das leis civis. Na sua extinção, o patrimônio será transferido para a entidade congênere.

Essas entidades exercem atividades de interesse público e não serviços públicos delegados, não se sujeitando às normas de direito público; devem observar as regras do mercado, de direito privado, mesmo que exista a participação de servidores das entidades contratantes na realização das suas atividades, e os seus empregados são contratados pelo regime celetista.

Além disso, não estão sujeitas à Lei de Licitações e podem ser contratadas pelas universidades e instituições públicas de pesquisa científica e tecnológica por dispensa de licitação. As entidades constituídas com base na Lei Federal nº 8.958/94, contudo, devem observância à Lei de Licitações e sujeitam-se ao controle exercido pelo Tribunal de Contas. As demais também estarão sujeitas a esse controle quando utilizarem recursos públicos.

O vínculo dessas fundações de apoio com as entidades da Administração Direta e Indireta, em regra, ocorre por meio de convênio ou contrato; suas receitas originam-se desses ajustes com as instituições que apoiam, mas também da prestação de serviços a particulares, e têm a prerrogativa de utilizar bens e serviços da entidade contratante (pública), mediante ressarcimento.

As que atuam nas áreas da educação ou da assistência social beneficiam-se da imunidade, condicionada à não remuneração dos cargos de diretoria e à não distribuição de lucro, bonificação ou qualquer outra vantagem a dirigentes, associados ou mantenedores.

O Ministério Público, no exercício da fiscalização que lhe cabe, nos termos do Código Civil, tem apontado uma série de irregularidades nessas entidades, tais como utilização de servidores, complementação salarial com recursos públicos, repasse de serviços não terceirizáveis e utilização indevida de bens públicos.

5.5.4 Entidades Profissionais

Os "conselhos profissionais" têm por objetivo fiscalizar e exercer o poder disciplinar sobre os indivíduos cujas profissões são regulamentadas por determinada lei federal. Por delegação de competência, esses conselhos são criados para desempenhar atividades típicas de Estado, especialmente o poder de polícia e a cobrança compulsória de contribuições e são denominados de autarquias corporativas, mesmo que, no rigor técnico, não sejam assim considerados. Suas receitas originam-se de contribuições que, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF, possuem caráter tributário.

A personalidade jurídica dessas entidades é de direito público e, embora as leis instituidoras não mencionem expressamente isto, segundo o STF, pertencem ao "gênero autarquia", Ainda assim, não integram a Administração Indireta e não têm nenhuma subordinação ao Poder Público, nem supervisão deste. Seus dirigentes são eleitos pelos profissionais com registro, e a receita vem da contribuição desses membros. Suas atividades devem ser executadas por detentores de cargos públicos, no âmbito de cada conselho profissional, admitindo-se a contratação de empregados para atividades-meio. O STF legitimou a criação de cargos e a contratação de pessoal por meio de um processo seletivo.

Para o STF, esse serviço de fiscalização de profissões regulamentadas, por ser atividade típica estatal, não pode ser delegado a entidades privadas e se submete à fiscalização do Tribunal de Contas. Contrária à doutrina e à jurisprudência, foi editada a Lei Federal nº 9.649/98, que dispunha que, à exceção da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, essas entidades possuíam natureza privada. O STF considerou inconstitucional esse dispositivo, em decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.717-DF. Assim, segundo interpretação daquele Tribunal, para o exercício do poder de polícia, esses conselhos deverão possuir cargos públicos, mas, para as atividades-meio, poderão ser contratados empregados. De fato, atualmente, existem apenas empregados.

Sob o argumento de que o advogado exerce uma função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à Administração da Justiça, a OAB tem defendido que não pode ser tida como congênere dos demais entes fiscalizadores, pois possui finalidade institucional, não estando voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Alega ainda que, por representar a sociedade, não pode ser fiscalizada, não incidindo sobre ela o controle do Tribunal de Contas.

5.5.5 Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP

As necessidades das pessoas em geral (a sociedade) podem ser satisfeitas pelas próprias pessoas físicas, por organizações que buscam o lucro para os seus acionistas e investidores (empresas), por entes claramente definidos como públicos e que exercem as funções de Estado (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) e por um sem número de organizações que permeiam entre o que está definido como público ou como privado, constituindo, modernamente, o terceiro setor, conforme já explanado.

Entre as organizações que integram o chamado terceiro setor, repise-se, estão as Organizações Não Governamentais – ONGs, as Organizações Sociais – OS e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP.

No Estado do Rio Grande do Sul, é uma OSCIP o que o Estado qualificar como tal, na forma da legislação aplicável, em especial da Lei Estadual nº 12.901/08, do Decreto Estadual nº 45.541/08 e da Instrução Normativa nº 02/08, esta editada pela Secretaria da Justiça e do Desenvolvimento Social – SJDS.

A execução de atividades de interesse público por organizações privadas, em cooperação com o Estado, exige que a entidade interessada, primeiramente, seja qualificada como organização de interesse público para, depois, ser assinado o respectivo termo de parceria. A execução do objeto dessa parceria será acompanhada e fiscalizada pelo Estado.

A qualificação de uma OSCIP é conferida, atualmente, pela Secretaria da Justiça e do Desenvolvimento Social – SJDS, por um período de três anos, à pessoa jurídica sem fins lucrativos, constituída há pelo menos dois anos e cujas atividades sociais de interesse público estejam previstas em seu estatuto e sejam vinculadas a alguma(s) das abaixo citadas:

a) assistência social, de acordo com artigo 3º, da Lei Federal nº 8.742/93;
b) educação e cultura;
c) saúde e segurança alimentar;
d) preservação do meio ambiente e desenvolvimento sustentável;
e) trabalho voluntário, combate à pobreza, desenvolvimento de modelos socioprodutivos alternativos e fomento ao esporte; e
f) defesa da cidadania, dos direitos humanos e dos valores universais.

A entidade que quiser requerer a sua qualificação como OSCIP deve atender à legislação comercial, previdenciária e tributária, possuir escrituração contábil própria e comprovar regularidade jurídica e fiscal junto aos órgãos públicos federais, estaduais e municipais.

O estatuto da pessoa jurídica interessada em obter a qualificação deve prever a observância dos consagrados princípios constitucionais da Administração Pública, a vedação de obtenção de vantagem individual ou coletiva, em decorrência das suas atividades, e também a previsão de:

a) existência de conselho fiscal ou órgão equivalente;
b) transferência ao Estado do acervo patrimonial adquirido com recursos públicos, no caso de perda de qualificação ou rescisão do termo de parceria;
c) indicação da remuneração dos dirigentes em níveis de mercado e dos salários de acordo com os pisos das categorias profissionais;
d) definição das normas de prestação de contas;
e) obrigatoriedade de investimento exclusivo nas atividades da organização e, em relação aos recursos excedentes, vedação de distribuição de lucros, dividendos e participações;
f) proibição de distribuição de bens e patrimônios, a qualquer título, a membros da organização, e
g) atribuições da diretoria e dos administradores.

Entidades como sindicatos, associações de classe, instituições religiosas, cooperativas, organizações partidárias, fundações públicas, organizações creditícias, além de outras, não podem receber a certificação de OSCIP. Também não podem requerer certificação as entidades em que atuam, entre seus conselheiros e dirigentes, parentes consanguíneos ou afins, até o terceiro grau, do Governador ou do Vice-Governador do Estado, de Secretários de Estado, de Senadores ou de Deputados Federais ou Estaduais.

A competência para deferir ou indeferir o pedido de qualificação como OSCIP é do titular da Secretaria da Justiça e do Desenvolvimento Social – SJDS, cujo ato deverá ser publicado no Diário Oficial do Estado.

Deferido o pedido de qualificação, será emitido o Certificado de Qualificação da entidade requerente como OSCIP. Na hipótese de indeferimento do pedido, a decisão deverá ser fundamentada, podendo o interessado requerer novamente a qualificação, a qualquer tempo.

Toda alteração na finalidade ou no regime de funcionamento da organização, bem como no seu estatuto social, deverá ser comunicada à SJDS, acompanhada de justificativa, sob pena de cancelamento do Certificado de Qualificação como OSCIP.

Para a celebração do termo de parceria – que é o documento de vínculo de cooperação entre a OSCIP qualificada e a Administração Pública para a execução de atividades de interesse público, mediante a destinação de recursos orçamentários e de bens públicos –, a escolha da OSCIP será realizada por meio de seleção

pública, devendo ser dada ciência prévia desta ao Procurador-Geral de Justiça e ao Procurador-Geral do Estado. O prazo mínimo para apresentação das propostas é de 15 dias, para repasses de até R$ 500.000,00, e de 30 dias, para valores superiores.

O edital de seleção pública deverá conter informações sobre a especificação técnica do objeto, os prazos, as condições, a forma e o local de apresentação das propostas, os critérios de seleção e julgamento das propostas, a pontuação pertinente a cada item do projeto e o valor máximo a ser desembolsado.

O processo seletivo será conduzido por Comissão Julgadora, não remunerada, designada por ato do Governador do Estado e integrada por dois profissionais de notória especialização e conhecimento sobre o assunto, sendo dois representantes da Secretaria a qual está vinculada a execução do objeto do termo de parceria e um representante da Secretaria do Planejamento e Gestão. Da decisão da Comissão cabe pedido de reconsideração, a ser protocolado no prazo de três dias de sua publicação, tendo a referida Comissão cinco dias para julgá-lo.

Após esses procedimentos, a súmula do termo de parceria deverá ser publicada no Diário Oficial do Estado e em página da internet.

É requisito do termo de parceria conter a discriminação dos direitos e das obrigações das partes e, ainda, a previsão de receitas e despesas, o programa de trabalho e as especificações técnicas do projeto a ser executado, devendo também indicar as metas e os resultados esperados, bem como os respectivos critérios e indicadores de avaliação de desempenho.

O termo de parceria será firmado pelo titular da Secretaria de Estado à qual está vinculada a execução do seu objeto, que será nominado parceiro público. Este deve verificar, previamente, o regular funcionamento da OSCIP.

O prazo do termo de parceria não poderá ser superior a sessenta meses, podendo ser rescindido a qualquer tempo, na hipótese de descumprimento de suas disposições. A perda da qualificação como OSCIP também importará na resolução imediata do termo de parceria.

Ao término de cada exercício fiscal, deverá ser elaborado um relatório sobre a execução do objeto da parceria contendo o comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados e a prestação de contas dos gastos e das receitas efetivamente realizadas e das remunerações efetivamente pagas aos diretores e aos trabalhadores com relação direta ou indireta com o objeto do termo de parceria.

A OSCIP indicará pelo menos um dirigente responsável pela administração dos recursos e bens recebidos, cuja posse será reconhecida apenas durante a vigência do respectivo termo de parceria, devendo esses bens, ainda, ser relacionados e identificados em cláusula expressa.

A liberação de recursos financeiros far-se-á em conta bancária específica, aberta em instituição financeira oficial, de acordo com cronograma de desembolso previsto no termo de parceria. A vigência simultânea de um ou mais termos de parceria é considerada lícita, ainda que com o mesmo parceiro público, dependendo apenas da capacidade operacional da OSCIP.

A execução do objeto do termo de parceria será acompanhada e fiscalizada pelo próprio parceiro público, pela Contadoria e Auditoria-Geral do Estado – CAGE, órgão de controle interno do Estado, e pela Assembleia Legislativa, nos termos dos artigos 56 e 76 da Constituição do Estado.

Também atuará na atividade de controle uma Comissão de Avaliação designada pelo Governador do Estado. Esta Comissão será integrada por um profissional de notória especialização e conhecimento sobre o assunto, um servidor da Secretaria à qual está vinculada a execução do objeto do termo de parceria, indicado pelo titular da Pasta, e um servidor da Secretaria de Planejamento e Gestão, indicado pelo titular da Pasta.

Semestralmente, a OSCIP deverá apresentar à Comissão de Avaliação relatório gerencial sobre a execução do objeto do termo de parceria, contendo comparativo entre as metas propostas e os resultados alcançados, bem como o demonstrativo integral das receitas e despesas realizadas.

As Comissões de Avaliação encaminharão, semestralmente, ao Secretário de Estado, como representante do parceiro público, relatório gerencial sobre a execução do objeto, o qual, ao tomar conhecimento de irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública pela organização parceira, deverá dar imediata ciência do fato à Procuradoria-Geral do Estado, ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público.

A prestação de contas da comprovação da correta aplicação de todos os recursos, bens e pessoal de origem pública, repassados à OSCIP, será realizada anualmente sobre a totalidade das suas operações patri-

moniais e dos resultados, devendo ser observados os Princípios Fundamentais da Contabilidade e as Normas Brasileiras de Contabilidade.

Ao final da vigência do termo de parceria, a OSCIP prestará contas da execução do seu objeto, comprovando, perante a Comissão de Avaliação, a correta aplicação dos recursos e bens recebidos e o adimplemento das obrigações e das responsabilidades assumidas, mediante a apresentação dos seguintes documentos e elementos:

a) relatório gerencial de execução de atividades;
b) demonstrações contábeis, contemplando as demonstrações dos resultados do exercício, o balanço patrimonial, a demonstração das origens e das aplicações de recursos, a demonstração das mutações do patrimônio social e as notas explicativas das demonstrações contábeis, caso necessário;
c) comprovante de que foi dada publicidade, por meio eficaz, no encerramento do exercício fiscal, do relatório de atividades e das demonstrações financeiras da entidade;
d) certidões negativas de débitos referentes ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, colocando-as à disposição, para exame, de qualquer cidadão, e
e) parecer sobre o balanço patrimonial elaborado, emitido por auditores externos independentes.

Em síntese, a OSCIP deverá, semestralmente, elaborar um relatório gerencial, anualmente, apresentar uma prestação de contas e, ainda, ao final da parceria, apresentar a prestação de contas do cumprimento do objeto no seu todo.

Ressalte-se que, sem prejuízo de outras disposições previstas nos instrumentos específicos, a rescisão do termo de parceria, a qual não exime os signatários de responsabilidades e obrigações, ocorrerá nas seguintes hipóteses:

a) uso de forma irregular dos recursos públicos destinados à execução do objeto e ocorrência de irregularidade fiscal ou trabalhista;
b) obtenção de benefícios ou vantagens pessoais pelos dirigentes da OSCIP, com exceção da remuneração legalmente prevista, bem como por seus cônjuges, companheiros e parentes colaterais ou afins até o terceiro grau, inclusive, em decorrência de participação nas atividades da respectiva pessoa jurídica qualificada como OSCIP;
c) descumprimento de obrigações previstas no termo de parceria;
d) pagamento de remuneração em valores inferiores ao salário mínimo definido em lei e aos pisos regionais das respectivas categorias profissionais, e
e) falta de apresentação dos relatórios relativos à execução do objeto do termo de parceria e da prestação de contas dos gastos e das receitas efetivamente realizadas, no prazo estipulado no instrumento.

A perda da qualificação dar-se-á mediante decisão proferida em processo administrativo instaurado na SJDS, de ofício ou a pedido do interessado, ou judicialmente, por iniciativa popular ou do Ministério Público, sendo tal decisão publicada no Diário Oficial do Estado.

A pessoa que requerer a perda da qualificação como OSCIP deverá encaminhar requerimento ao titular da SJDS, fundamentando legalmente o pedido, ocorrendo a extinção do termo de parceria com o término do prazo de vigência do instrumento, que não poderá ser superior a sessenta meses.

Acentue-se que é vedada à entidade qualificada como OSCIP qualquer tipo de participação em campanha de interesse político-partidário ou eleitoral e que os empregados contratados por essas Organizações não guardam qualquer vínculo empregatício com o Poder Público. Da mesma forma, inexiste também qualquer responsabilidade do Estado relativamente às obrigações de qualquer natureza assumidas pela OSCIP.

Será permitido o acesso a todas as informações pertinentes às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, mediante requerimento fundamentado do interessado ao titular da SJDS, indicando as informações de que pretende ter ciência.

Registre-se, por fim, que, no âmbito da União, a Lei Federal nº 9.790/99, dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP e institui e disciplina o termo de parceria, sendo encontrada a regulamentação dessa lei no Decreto Federal nº 3.100/99.

6. SERVIÇOS PÚBLICOS

Sumário: 6.1 Definição e Considerações Gerais - **6.2** Legislação - **6.3** Formas de Delegação - **6.3.1** Concessão Comum de Serviços Públicos - **6.3.2** Permissão de Serviços Públicos - **6.3.3** Autorização de Serviços Públicos - **6.4** Princípios - **6.4.1** Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos - **6.4.2** Principio da Modicidade das Tarifas - **6.5** Características das Concessões e Permissões - **6.6** Extinção das Concessões e Permissões - **6.7** Parcerias Público-Privadas - **6.7.1** Modalidades: Administrativa e Patrocinada - **6.7.2** Semelhanças e Diferenças - Concessão Comum, Patrocinada e Administrativa.

6.1 DEFINIÇÃO E CONSIDERAÇÕES GERAIS

O Serviço Público é definido de diversas formas pela doutrina especializada. Dentre essas definições, destacam-se as seguintes:

> Serviço Público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – , instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo." (MELLO, 2002. p. 600.)
> (...)
> Serviço Público é "toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público. (DI PIETRO, 2006. p. 114)

Relativamente à conceituação de Serviço Público, a atividade executada em si não permite identificar, de plano, se um serviço é considerado público ou não, tanto que há atividades essenciais delegadas a particulares e não essenciais sob a tutela do Estado, como, por exemplo, a exploração de loterias. O dever de prestar serviços públicos à coletividade, porém, é de competência do Estado, conforme dispõem as Constituições Federal e Estadual (artigos 175 e 163, respectivamente).

A Administração Pública poderá prestar os serviços públicos direta, indiretamente ou, ainda, por delegação. No primeiro caso, a Administração realiza-os por conta própria; ou seja, centralizadamente e por intermédio dos órgãos que a compõem, sendo, por isso, chamada de Administração Direta. No segundo caso, a prestação dos serviços é realizada indiretamente, o que significa que a Administração Pública decide descentralizar determinados serviços e, para atingir essa finalidade, cria uma entidade específica que se responsabilizará por sua realização. Esse tipo de entidade integra a chamada Administração Indireta.

Há, ainda, a prestação de serviços públicos por meio de delegação, que ocorre quando esses são entregues a terceiros, estranhos à Administração Pública, por concessão ou permissão. Os poderes para regulamentar, controlar e fiscalizar a execução dos serviços, entretanto, permanecem com a Administração Pública.

A União, os Estados e os Municípios são os entes federados constitucionalmente definidos como titulares da competência legal para a prestação do serviço público e responsáveis por sua execução. É permitida, no entanto, a outorga desses serviços a entes públicos criados por lei para essa finalidade ou a transferência da sua execução a terceiros.

Desse modo, por lei, é possível que o Estado outorgue a entidades da Administração Indireta – Autarquia, Fundação, Empresa Pública ou Sociedade de Economia Mista – tanto a titularidade quanto a execução dos serviços públicos ou apenas a sua execução, mas, ao particular, somente será admitido transferir a execução. Este tipo de transferência é denominado de execução indireta porque a titularidade dos serviços permanece com o Poder Público.

Por disposição da Lei Federal nº 9.074/95, passou a ser possível a delegação, sem lei que a autorize, para os serviços de saneamento básico e limpeza urbana, além dos que já estão dispensados pelas Constituições Federal e Estadual e pelas Leis Orgânicas Municipais. Pelo paralelismo de formas, somente também por lei o Estado pode retirar a titularidade de serviços transferidos à Administração Indireta.

A distribuição de competência para a prestação de serviços está disciplinada na Constituição Federal, que prevê competências gerais e específicas. Aos Municípios, atribui os serviços de interesse local, inclusive os de transporte coletivo. À União, entre outros, os serviços de telecomunicação, rádio e televisão, energia elétrica, navegação aérea e transporte ferroviário, aquaviário e rodoviário (internacional e interestadual). Já aos Estados, confere o serviço de gás canalizado e os remanescentes das competências dos Municípios e da União.

A Constituição Federal estabelece, ainda, que podem ser delegadas, por meio de concessão ou permissão, atividades como as previstas nos artigos 21, incisos XI, XII e XXIII, e 25, § 2º.

As atividades de saúde e educação são livres à iniciativa privada e, por isto, não estão sujeitas ao que prevê o artigo 175 da Constituição Federal, havendo a possibilidade de que sejam delegadas por autorização. Quando desempenhadas pelo Estado, essas atividades são consideradas serviços públicos, enquanto, quando executadas por particulares, caracterizam-se como de interesse público.

6.2 LEGISLAÇÃO

- Constituição da Republica Federativa do Brasil, de 1988
- Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, de 1989
- Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993
- Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995
- Lei Federal nº 9.074, de 07 de julho de 1995
- Lei Federal nº 9.472, de 16 de julho de 1997
- Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004
- Lei Estadual nº 12.234, de 13 de janeiro de 2005

6.3 FORMAS DE DELEGAÇÃO

A delegação de serviços públicos pode ocorrer por autorização, permissão ou concessão. Em regra, a autorização é concedida por ato unilateral; já, conforme o estabelecido na Lei Federal nº 8.987/95 – Lei das Concessões e Permissões, as concessões são formalizadas por contrato administrativo típico e as permissões, por contrato de adesão.

Em realidade, até mesmo as concessões apresentam características de contrato de adesão, porque o licitante acaba aderindo ao procedimento com regras definidas pela Administração Pública no edital de licitação e na minuta de contrato. Em resumo, a outorga exige lei; a concessão é formalizada por um contrato administrativo típico; a permissão, por contrato de adesão, e a autorização, por simples ato administrativo unilateral.

Os serviços de telecomunicações, quanto ao regime jurídico, segundo a Lei Federal nº 9.472/97, artigo 63, classificam-se em públicos e privados. Os primeiros poderão ser delegados por concessão e permissão, obrigando-se a prestadora a seguir os princípios da universalização e da continuidade. Nos segundos, a delegação será por autorização, não estando os prestadores obrigados a seguir esses princípios. Contraditoriamente, porém, enquanto a Lei Geral das Telecomunicações (Lei Federal nº 9.472/97) menciona que a permissão se concretiza por meio de um ato administrativo, a Lei das Concessões e Permissões (Lei Federal nº 8.987/95) estabelece o contrato de adesão como o instrumento para viabilizar a delegação.

6.3.1 Concessão Comum de Serviços Públicos

A concessão é a mais utilizada das formas de delegação da prestação de serviços públicos, e está disciplinada pela Lei Federal nº 8.987/95, que, em seu artigo 2º, inciso II, define "concessão de serviço público" como

> a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

Como exemplos, citam-se as concessões de serviços de manutenção de estradas, de energia elétrica e de comunicação.

6.3.2 Permissão de Serviços Públicos

A permissão de serviços públicos era definida pela doutrina como um ato administrativo unilateral, precário e discricionário. Porém, com o advento da Constituição Federal de 1988 e da Lei das Concessões e Permissões, quando se passou a exigir licitação, afastou-se a sua característica da unilateralidade para assumir uma forma contratual – contrato de adesão.

Assim, a legislação vigente passou a tratar de modo semelhante os institutos da concessão e da permissão, que, antes, apresentavam características bem distintas, embora o conceito de permissões apresentado pela Lei Federal nº 8.987/95 mantenha a característica da precariedade, conforme o artigo 2º, inciso IV. Este define "permissão de serviço público" como "a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco". O exemplo típico de permissão é o serviço de transporte coletivo urbano.

6.3.3 Autorização de Serviços Públicos

Autorização é o ato administrativo – unilateral, discricionário e precário – pelo qual o Poder Público delega a um particular uma atividade de interesse público, para cuja realização não é exigida licitação, tampouco formalização de contrato. A autorização pode ser modificada ou revogada, o que se dá por ato unilateral, e, em regra, o autorizatário não tem direito à indenização; em caso de cometimento de irregularidade, há a previsão de aplicação de sanções, inclusive a cassação da delegação. Como exemplos de autorização, arrolam-se as atividades de táxi, despachante, saúde e ensino, quando prestadas por particulares.

O artigo 175 da Constituição Federal e a Lei de Concessões e Permissões não admitiram a autorização como forma de delegação de serviços públicos; no entanto, nos artigos 21, incisos XI e XII, e 223 da CF, a autorização é permitida. Segundo entendimento doutrinário, determinadas atividades, quando exercidas por particulares, em seu interesse e sem qualquer benefício ao grupo social, não seriam consideradas serviços públicos, mas, sim, atividades de interesse público, não obrigadas a observar os princípios da universalidade e da continuidade. Consequentemente, as atividades passíveis de autorização diferenciar-se-iam, em sua essência, das concessões e permissões, eis que estas são classificadas como instrumentos de prestação de serviço público no interesse da coletividade, seguindo os princípios da universalidade e da continuidade.

Para efeitos comparativos, mesmo que tanto a autorização quanto a permissão tenham características de precariedade, esta (a permissão) possui maior estabilidade e formalidade que aquela (a autorização).

6.4 PRINCÍPIOS

Pela Lei das Concessões e Permissões, a prestação de serviços públicos deve ser orientada pelos princípios da continuidade, da eficiência, da atualidade, da generalidade, da modicidade das tarifas, da cortesia e da segurança. Destacam-se, aqui, por suas peculiaridades, o princípio da cortesia, pelo qual se exige que os usuários sejam tratados com a devida educação e urbanidade, e o princípio da segurança, pelo qual se assegura que o serviço prestado não apresente riscos ao usuário. A lei também dá ênfase ao princípio da atualidade, que significa observar a modernidade dos equipamentos, das técnicas e das instalações, que devem ser adequadas e conservadas, bem como a expansão e o melhoramento permanente dos serviços.

Relativamente aos princípios da continuidade e da modicidade, cabe, por sua importância, destacá-los, a seguir.

6.4.1 Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos

A relação estabelecida na delegação da prestação de serviços públicos é triangular: Poder concedente, concessionária ou permissionária e usuário. Em caso de descumprimento de cláusula contratual pelo Poder concedente, na associação com o concessionário ou permissionário, a rescisão dependerá da propositura de ação judicial, e somente estará autorizada a suspensão da prestação de serviços depois do trânsito em julga-

do da decisão. Ressalte-se a inaplicabilidade dessa norma ao dispositivo da Lei de Licitações que autoriza a rescisão do contrato pelo concessionário no caso de atraso de pagamento superior a 90 dias pelo Poder concedente. A regra, no entanto, é a continuidade do serviço público.

Na relação entre usuário e concessionária ou permissionária, na hipótese de inadimplemento do pagamento da tarifa, a possibilidade de interrupção dos serviços causa divergências na doutrina e na jurisprudência. A maioria defende que, para usuários comuns, os serviços poderão ser interrompidos com o intuito de não prejudicar o sistema e no interesse da coletividade (não extensivo, em regra, aos órgãos públicos). Outra corrente, porém, defende a impossibilidade de serem interrompidos serviços essenciais inclusive para usuários comuns, como os serviços de água, lixo, esgoto, energia e telecomunicações.

Nos casos em que se verifica a possibilidade de interrupção dos serviços – por inadimplemento do usuário, ordem técnica ou medida de segurança –, essa medida dependerá de aviso prévio, o qual é dispensado quando a interrupção for por motivo de emergência.

Nessas situações, a lei não considera que a medida esteja afetando o princípio da continuidade. Por existirem, entretanto, outras formas de cobrança de dívidas, doutrinadores apontam como inadequado o corte dos serviços por infringir dispositivos do Código de Defesa do Consumidor – CDC, instituído pela Lei Federal nº 8.078/90.

6.4.2 Princípio da Modicidade das Tarifas

As tarifas, principal fonte de receita para as concessionárias e permissionárias, devem ser razoáveis para os usuários. Mas, para reforçar o atendimento do princípio da modicidade das mesmas, o edital de licitação poderá prever outras fontes alternativas de receita, não permitindo que usuários sejam excluídos da possibilidade de usufruir os serviços, em razão de seu valor elevado. A cobrança resulta de relação contratual entre o concessionário e o usuário, sendo devido o pagamento somente quando este utilizar efetivamente os serviços. É facultada ao cidadão a escolha da utilização ou não dos serviços colocados à sua disposição.

Por sua vez, quando os serviços são prestados diretamente pelo Estado, a remuneração denomina-se taxa, espécie de tributo, cobrada compulsoriamente dos usuários pela utilização efetiva ou potencial dos serviços, devendo observar o princípio da anterioridade.

A natureza jurídica do pedágio cobrado pela utilização de rodovias – taxa ou tarifa – suscita discussões. Se o instituto é de direito tributário, trata-se de taxa, mas, se observar regras do direito administrativo, denomina-se tarifa. A cobrança compulsória, por ausência de rotas alternativas e gratuitas, tende a caracterizá-la como taxa. A Lei das Concessões e Permissões, contrária a esse princípio, estabeleceu que, apenas com expressa previsão legal, a cobrança de pedágio estaria condicionada à existência de rota alternativa.

6.5 CARACTERÍSTICAS DAS CONCESSÕES E PERMISSÕES

A Lei Federal nº 8.987/95, que disciplinou o artigo 175 da Constituição Federal, trata de normas gerais da delegação de serviços públicos por concessão e permissão. A referida lei não apresenta dispositivos específicos para as permissões, prevendo tão-somente, em seu artigo 40, que "aplica-se às permissões o disposto nesta Lei", ficando implícito que a sua aplicação nas permissões ocorrerá apenas nas hipóteses em que o dispositivo for compatível com elas.

Registre-se que, no ano de 1996, o Estado do Rio Grande do Sul promoveu um amplo programa de concessões atinentes aos serviços de operação e exploração, conservação, manutenção, melhoramentos e ampliação de algumas de suas rodovias.

O Poder concedente, frise-se, poderá delegar a pessoas jurídicas, por concessão – individualmente ou sob a forma de consórcio – tanto os serviços quanto os serviços precedidos da execução de obra pública. Por permissão, no entanto, somente poderão ser delegados serviços, mas essa delegação também poderá abranger pessoas físicas.

A concessionária ou permissionária deverá ser escolhida por licitação, devendo o Poder concedente, previamente à publicação de edital, apresentar e publicar ato justificando a conveniência da delegação dos serviços a ser implementada. Os procedimentos deverão observar as disposições da Lei Federal nº 8.987/95, aplicando-se subsidiariamente a Lei Federal nº 8.666/93.

Nas concessões, é obrigatória a licitação na modalidade concorrência, mas se admite qualquer modalidade na permissão. À semelhança do que ocorre na modalidade pregão, é permitida, para as concessões e permissões, a inversão das fases de habilitação e julgamento. O edital respectivo deverá prever, além de cláusulas comuns em licitações, as metas, o prazo da concessão, a indicação dos bens reversíveis, as fontes alternativas de receita, se for o caso, e o responsável por eventual desapropriação ou instituição de servidão administrativa.

O edital e o contrato deverão conter cláusula de reajuste e revisão, visando a preservar a equação econômico-financeira do ajuste. Em caso de desequilíbrio da equação, a revisão das tarifas poderá ser solicitada ao Poder concedente pelos concessionários e permissionários, em situações como, por exemplo, a diminuição do número de usuários ou a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos, com exceção do imposto de renda.

Cabe à lei autorizativa definir o prazo da delegação. No contrato, o prazo deve ser certo, admitindo-se a sua prorrogação. É normal estabelecer-se prazo nos contratos de permissão, mesmo com a característica da precariedade e a possibilidade de as permissões serem revogadas a qualquer momento, em respeito aos princípios da impessoalidade, isonomia e igualdade.

Há, ainda, a possibilidade da chamada subconcessão, que se formaliza mediante um contrato em que se procede à transferência de parte do objeto do contrato de concessão a terceiros. É permitida a subconcessão, desde que prevista no edital e no respectivo contrato e autorizada expressamente pelo poder concedente.

6.6 EXTINÇÃO DAS CONCESSÕES E PERMISSÕES

A Lei das Concessões e Permissões prevê várias formas de extinção da delegação, quais sejam: pelo vencimento do prazo, por encampação, caducidade, rescisão, anulação e por falência ou extinção da empresa.

A seguir, são apresentadas as principais características de cada uma dessas formas.

Vencimento do Prazo Contratual – A concessão será extinta pelo encerramento do prazo contratual, sendo os bens essenciais para a execução do serviço público considerados reversíveis, em nome da continuidade da prestação dos serviços públicos, devendo retornar ao Poder concedente. Por isso, denomina-se reversão. A concessionária poderá solicitar a indenização dos investimentos em bens reversíveis, ainda não amortizados com a cobrança de tarifa ou receitas alternativas.

Na permissão, que se caracteriza por não ter prazo certo, esse dispositivo, a rigor, não incidiria. Como a doutrina tem recomendado a indicação de prazo, a extinção poderá ocorrer, no entanto, pelo encerramento do que está previsto no contrato. Em regra, por não exigir grandes investimentos, não cabe indenização, inclusive pelo fato de o instituto se caracterizar pela precariedade, podendo ser revogado a qualquer momento, por conveniência e oportunidade, desde que presentes motivos relevantes e supervenientes à data do deferimento da permissão. O encerramento da permissão, assim, se dará por ato unilateral.

Encampação – É a retomada dos serviços pelo Poder concedente, durante o prazo de vigência do contrato, por ato administrativo discricionário – unilateral –, em função da supremacia do interesse público sobre o privado, sem culpa do concessionário. Exige prévia indenização e autorização legislativa específica, pois, enquanto nos contratos gerais a conveniência e a oportunidade dependem do juízo da administração, nas concessões o juízo precisa ser confirmado pelo Poder Legislativo – autorização legislativa específica.

A encampação também poderá ocorrer por necessidade de substituição dos equipamentos utilizados por outros mais modernos, não sendo possível aguardar o final da concessão. Os bens reversíveis retornarão ao Poder concedente e os ainda não amortizados terão que ser indenizados. O interesse público deve ser demonstrado adequadamente para que o Poder Legislativo possa decidir.

Na permissão, não há necessidade de encampação, uma vez que pode ser revogada no interesse público a qualquer tempo, em função da precariedade e da revogabilidade unilateral prevista na Lei das Concessões e Permissões, mas poderá adotar o instituto da intervenção para, se necessário, averiguar supostas irregularidades.

Intervenção – O Poder concedente poderá intervir na concessionária para assegurar a adequada prestação de serviços e o fiel cumprimento do contrato e das normas. A intervenção tem de ser formalizada por decreto, o qual indicará o interventor e o prazo, os objetivos e os limites da medida. No prazo de 30 dias contados da data da publicação, o interventor deverá instaurar procedimento administrativo investigativo para

comprovar as causas que decretaram a intervenção, bem como para apurar responsabilidades, assegurando ao concessionário o direito à ampla defesa. A investigação deverá ser concluída em 180 dias, sob pena de ser considerada inválida tal medida.

Ao final do procedimento, a concessão será extinta por caducidade se ficarem comprovadas as causas que decretaram a intervenção; se não houver a comprovação, o interventor prestará contas e haverá a devolução, pela Administração, dos serviços ao concessionário. Pequenas irregularidades podem conduzir à aplicação de sanções e não à extinção do ajuste; já, a inobservância de pressupostos legais leva à nulidade do ato interventivo. A intervenção, que também poderá ocorrer em relação às permissionárias, diferencia-se da caducidade e da encampação por se tratar de medida investigativa do cumprimento do contrato e das normas e não uma forma extintiva da concessão.

Caducidade – Corresponde à extinção unilateral do contrato de concessão em face de inexecução total ou parcial e de violação grave de cláusula contratual durante o prazo de duração do contrato. Nesse caso, a obrigação da prestação do serviço retorna ao Poder Público. O concessionário deve ser avisado acerca das irregularidades cometidas, sendo-lhe concedido um prazo para saná-las.

Se persistirem as irregularidades, deverá ser instaurado, por ato administrativo discricionário, procedimento administrativo com a finalidade de comprovar o descumprimento contratual, sendo assegurado ao concessionário o direito à ampla defesa e ao contraditório. Comprovada a inexecução, a caducidade será declarada por Decreto, extinguindo-se a concessão.

O concessionário poderá postular uma indenização referente aos bens utilizados na prestação de serviços e ainda não amortizados, os quais serão revertidos ao Poder concedente. Ao mesmo tempo, a esse Poder incumbirá a cobrança de multa pela inexecução do contrato e por eventuais danos sofridos.

A legislação estadual prevê, de mais a mais, que, em caso de descumprimento dos contratos de concessão e permissão, competirá à Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS aplicar as sanções cabíveis.

A caducidade, além dos motivos já referidos, deverá ser decretada também em razão de transferência da concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente.

Enquanto a encampação leva à extinção do contrato por interesse público, exigindo decisão judicial e indenização prévia, na caducidade esse se extingue por inexecução, e não são necessárias essas providências. A caducidade pode ocorrer na concessão e na permissão, com a diferença de que nesta, a rigor, não há indenização por não existirem grandes investimentos.

Rescisão Judicial ou Amigável – A rescisão do contrato poderá ser judicial ou amigável, devendo estar presente o interesse público, e se dará mediante ato unilateral.

As concessionárias poderão, durante o prazo de duração do contrato, postular a rescisão judicial por descumprimento do Poder concedente, mas não poderão interromper ou paralisar os serviços sem uma decisão transitada em julgada, em que é reconhecida a inadimplência do Poder Público. Não poderão, igualmente, alegar a exceção do contrato não cumprido, prevista na Lei de Licitações, devendo manter a execução dos serviços – princípio da continuidade. A rigor, a rescisão também é aplicável às permissões.

Anulação – É a extinção do contrato por ilegalidade – vício insanável – da licitação ou do próprio contrato, mediante ato unilateral da Administração Pública. É similar à extinção dos demais contratos, e deve ser responsabilizado por isso quem der causa à ilegalidade. O concessionário pode pedir a indenização pelos prejuízos e pelo que executou do ajuste, sendo-lhe permitido, ainda, postular sua extinção por ilegalidade, devendo fazê-lo, porém, perante o Poder Judiciário. Também a permissão, em caso de ilegalidade, deve ser anulada.

Em resumo, na caducidade, há contratos perfeitos e execução imperfeita, na encampação, contratos perfeitos e execução perfeita, mas o interesse público exige o fim da delegação, e, na anulação, o contrato é imperfeito, ainda que a execução seja perfeita.

Falência ou Extinção da Empresa – A insolvência do concessionário resulta na extinção do contrato com a reversão dos bens ao Poder Público. A insolvência pode ocorrer, inclusive, nas permissões.

6.7 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

No Brasil o termo Parceria Público-Privada – PPP difere do conceito internacional. Enquanto na língua inglesa o termo *Public-Private Partnership* usualmente refere-se a um conceito amplo, que abrange

diversos tipos de contratos, incluindo as concessões comuns, no Brasil o termo PPP fica restrito às definições da Lei das Parcerias Público-Privadas, Lei Federal nº 11.079/04.

Para o Professor José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 462), o contrato de concessão especial sob a forma de parceria público-privada pode ser conceituado como

> o acordo firmado entre a Administração Pública e pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e dos ganhos entre os pactuantes.

A Lei das PPP ampliou o número de entes que poderão ser definidos como Poder concedente, quais sejam: Administração Pública Direta, Fundos Especiais, Autarquias, Fundações Públicas, Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios.

A legislação dispõe que não serão delegáveis por meio de PPP as funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado. Veda, também, a concessão do fornecimento de mão de obra, do fornecimento e instalações de equipamentos ou da execução de obra pública, mas admite a concessão de serviços conjuntamente com a execução de obras.

A Lei das PPP foi editada para possibilitar a implementação de concessões com significantes retornos econômicos e sociais, mas sem viabilidade financeira. A Lei das PPP trouxe avanços na legislação relativa às concessões no Brasil, alguns incorporados também pela Lei das Concessões, como a possibilidade de inversão das fases na licitação, possibilidade de uma fase adicional para correção de falhas formais na documentação, possibilidade de resolução de conflitos por arbitragem, possibilidade de os investidores assumirem o controle da concessionária em caso de dificuldade econômico-financeira (*step-in rights*) e possibilidade de distribuição de qualquer tipo de risco entre o parceiro público e o privado.

Outra inovação importante trazida pela Lei das PPP é a possibilidade de o parceiro público oferecer garantias em relação ao pagamento da contraprestação ao parceiro privado, como a vinculação de receitas, a instituição de fundos especiais, o seguro-garantia e o fundo garantidor, entre outros.

O Fundo Garantidor de Parcerias da União foi instituído na própria Lei das PPP, com natureza privada e patrimônio próprio, para garantir as obrigações do Poder Público com o parceiro privado.

A Lei 12.766/12 introduziu importantes medidas fiscais e financeiras na Lei das PPP para tornar os contratos mais atrativos para o investidor privado, principalmente na área da infraestrutura. A principal modificação é a possibilidade de aportes ao parceiro privado para a execução de obras e aquisição de bens reversíveis, diminuindo o custo financeiro dos projetos. Esses aportes recebem tratamento fiscal diferenciado, de forma a desonerar a concessão. Outras modificações trazidas pela Lei 12.766 são o aprimoramento do funcionamento e dos mecanismos de proteção do FGP e o aumento de 3% para 5% o limite máximo de comprometimento das respectivas receitas correntes líquidas – RCL com despesas de caráter continuado derivadas dos contratos de PPP.

No Estado, a Lei Estadual nº 12.234/05 estabeleceu normas licitatórias e instituiu o Programa de Parcerias Público-Privadas do Rio Grande do Sul – PPP/RS.

6.7.1 Modalidades: Administrativa e Patrocinada

Atualmente, existem as concessões comuns, regulamentadas pela Lei Federal nº 8.987/95, e as concessões especiais, sob a forma de parcerias público-privadas, nas modalidades patrocinada e administrativa, disciplinadas pela Lei Federal nº 11.079/04, com aplicação subsidiária da Lei Federal nº 8.987/95 e da Lei Federal nº 8.666/93. A Lei das PPP (Lei Federal nº 11.079/04) estabelece normas gerais para todos os entes da Federação, nos seus artigos 1º a 13, e específicas para a União, artigos 14 a 22.

A Lei Federal nº 11.079/04, artigo 2º, definiu como patrocinada a "concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei Federal nº 8.987/95, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado". A mesma lei definiu como administrativa "o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens".

O Professor José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 463) afirma que "a concessão administrativa não comporta remuneração pelo sistema de tarifas a cargo dos usuários, eis que o pagamento da obra ou serviço é efetuado diretamente pelo concedente".

Na concessão administrativa, diferentemente do que ocorre na patrocinada, o parceiro privado será remunerado, pelos serviços prestados, diretamente pelo Estado e não como um subsídio à tarifa devida pelos usuários, uma vez que essa tarifa não é suportada por ambos (Estado e usuário) de forma compartilhada. O Estado, nesse caso, encontra-se na condição de "usuário" dos serviços. Atualmente, a construção e a administração, pela iniciativa privada, de hospitais, escolas e presídios estão sendo relacionadas como possibilidades dessa modalidade de concessão.

Na concessão patrocinada, a remuneração do concessionário é composta da tarifa paga diretamente pelos usuários mais a contraprestação pecuniária paga pelo Estado, como um subsídio governamental, diretamente ao parceiro privado, de forma a manter a modicidade tarifária. É necessária autorização legislativa específica para a concessão patrocinada quando mais de 70% dessa remuneração for assumida pelo Poder concedente. Não havendo contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, a Lei não considerará a concessão como PPP.

Como possibilidades de concessão patrocinada, podem ser citadas, ainda, a construção e a exploração, por meio de pedágio, de rodovia com baixo movimento, caso em que, para garantir, ao mesmo tempo, o retorno do investimento ao parceiro privado e a modicidade da tarifa ao usuário, o Estado assume parte do valor, subsidiando-a.

As delegações para concessões patrocinadas e administrativas serão por prazo certo, compatível com a amortização do investimento, entre cinco e 35 anos, permitida a prorrogação nos limites desse prazo. O valor mínimo admissível para essas delegações é de R$ 20 milhões, muito embora esse dispositivo suscite discussões quanto à sua aplicabilidade à esfera estadual. Caso se considere como uma norma geral, seria, em tese, aplicável.

Os processos licitatórios seguem a Lei Federal nº 8.987/95 e, subsidiariamente, a Lei Federal nº 8.666/93, sendo permitida a inversão das fases de habilitação e julgamento, de modo semelhante ao que ocorre na modalidade de licitação Pregão. O edital de abertura deverá especificar as garantias que o Poder Público oferecerá ao parceiro privado, quando for o caso. Se o licitante que apresentar a melhor proposta for inabilitado, será convocado o segundo licitante classificado, nos termos da proposta deste, e assim sucessivamente, diversamente da regra geral de licitações, em que se exige que o segundo licitante classificado assuma as condições oferecidas pelo que obteve a primeira classificação.

O contrato das PPP poderá prever remuneração variável ao parceiro privado, de acordo com o seu desempenho, o que será feito por meio de metas e padrões avaliáveis por critérios objetivos definidos no ajuste, o qual terá como diretriz a repartição objetiva de riscos entre as partes. Poderá, ainda, ser adotada a arbitragem como forma de resolver eventuais conflitos.

6.7.2 Semelhanças e Diferenças – Concessão Comum, Patrocinada e Administrativa

As concessões, comum e patrocinada, são semelhantes por apresentarem relação contratual triangular – Estado, parceiro privado e usuário –, típica dos ajustes em que há cobrança de tarifa dos usuários. Essas concessões, contudo, têm algumas diferenças, em especial pelo fato de que, na patrocinada, o Estado transfere valores ao parceiro privado, o que não ocorre nas concessões comuns.

Por sua vez, na concessão administrativa, não há a formação dessa relação triangular, e os polos da relação contratual serão ocupados pelo parceiro público, de um lado, e pelo privado, de outro. Tal circunstância tem levado os doutrinadores a descaracterizar o referido ajuste como concessão, considerando-o como uma simples prestação de serviço, regulada pela Lei Federal nº 8.666/93.

7. ORÇAMENTO PÚBLICO

Sumário: 7.1 Definição e Princípios - **7.2** Legislação - **7.3** Aspectos Gerais da Legislação - **7.4** Plano Plurianual - **7.5** Lei de Diretrizes Orçamentárias - **7.6** Proposta Orçamentária - **7.7** Dotação Orçamentária - **7.8** Créditos Adicionais

7.1 DEFINIÇÃO E PRINCÍPIOS

Constitucionalmente, o planejamento da Administração Pública ocorre por intermédio de três instrumentos básicos: o Plano Plurianual – PPA, a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO e a Lei Orçamentária Anual – LOA. No entanto, pode-se dizer que o processo de planejamento de uma gestão começa ainda durante o período eleitoral, no qual o candidato à chefia do Poder Executivo divulga o seu plano ou proposta de governo, em que apresenta as diretrizes gerais e as prioridades da sua administração, caso venha ser eleito. Não obstante seja um documento sem previsão constitucional, ele é importante porque servirá, entre outros aspectos, para nortear a elaboração das propostas dos instrumentos constitucionais antes referidos.

O Orçamento Público é, portanto, um dos instrumentos de planejamento e execução das finanças públicas, estando o seu conceito intimamente ligado à previsão das receitas e à fixação das despesas. É na elaboração e aprovação do orçamento que cada sociedade define suas prioridades em termos de utilização dos recursos públicos e os meios para alcançar os objetivos definidos.

A primeira Constituição brasileira, de março de 1824, atribuiu ao Poder Executivo a competência para elaborar a proposta orçamentária, a qual se mantém até hoje. Foi, no entanto, a partir da vigência da Lei Federal nº 4.320/64, com reforço da Lei Complementar Federal nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF), que o Orçamento Público ganhou maior *status,* com a implementação do orçamento-programa, integrado aos sistemas de contabilidade pública.

O Orçamento Público é um processo que possui conotação administrativa (ou de gestão), financeira, econômica, contábil e legal, por meio do qual o Poder Legislativo autoriza a execução de despesas públicas destinadas à consecução de um programa de governo. Constitui-se em poderoso instrumento de controle por delimitar a ação do gestor, visto que este só pode efetuar despesas que estejam autorizadas na peça orçamentária.

Um dos primeiros (se não o primeiro) requisitos a serem observados para a realização de uma despesa, portanto, é verificar se ela está autorizada no orçamento, isto é, deve-se comprovar que existe dotação orçamentária que a comporte. Nenhuma despesa, ainda que seja de natureza pública, poderá ser realizada se não estiver contemplada no orçamento. Para realizar tal despesa, o gestor deverá, antes, providenciar a sua inclusão no orçamento mediante a abertura do devido crédito adicional.

Tradicionalmente, no Brasil, o Orçamento Público tem tido caráter autorizativo, ou seja, o gestor não estaria obrigado a gastar toda a dotação sob sua responsabilidade. Em tese, estaria na sua discricionariedade escolher o momento adequado de realizar a despesa, ou, até mesmo, deixar de fazê-la, se entendesse que isso não prejudicaria o cumprimento do programa de trabalho do órgão ou entidade sob sua gestão.

A Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, no entanto, tornou o Orçamento Público de execução obrigatória (nova redação do §4º e acréscimo dos §§ 11 e 12 ao artigo 149, incluídos pela Emenda Constitucional nº 30/02). Os citados dispositivos foram questionados junto ao STF por meio da ADI nº 2680, ainda pendente de julgamento.

Há que se reconhecer que, no estágio atual, os processos de elaboração, de alteração e de execução orçamentária são incompatíveis com a rigidez orçamentária estabelecida na Constituição gaúcha. Em razão disso, o que importa, na verdade, é que o gestor cumpra o programa de trabalho do órgão ou da entidade que dirige, consumindo ou não a totalidade das dotações orçamentárias que lhe estão disponíveis.

O processo orçamentário compreende a elaboração da proposta orçamentária, a sua aprovação (conversão em lei), a execução do orçamento aprovado e o controle dessa execução, encerrando-se com a prestação de contas governamental, cujo julgamento está a cargo do Poder Legislativo.

A elaboração do orçamento deve obedecer a princípios orçamentários, tais como:

Unidade – Cada unidade da federação deve possuir um único orçamento, abrangendo todos os seus órgãos e entidades. Assim, para a União, cada Estado e o Distrito Federal e para cada Município só existirão um orçamento fiscal, um da seguridade social e um de investimentos das empresas estatais, todos eles aprovados na mesma lei.

Universalidade – O orçamento deve conter todas as receitas e despesas, sem quaisquer deduções.

Anualidade (ou Periodicidade) – A estimativa da receita e a fixação da despesa são válidas para um período determinado. No Brasil, esse período é de um ano, coincidindo com o ano civil (de 1º de janeiro a 31 de dezembro).

Equilíbrio fiscal – O orçamento deve ser elaborado de modo compatível com as metas fiscais, as quais visam, na sua essência, ao equilíbrio das contas públicas.

Os três primeiros princípios estão expressamente mencionados no artigo 2º da Lei Federal nº 4.320/64, e o último foi praticamente formalizado pela LRF (artigo 5º, combinado com o artigo 4º). É importante lembrar, além disso, que o orçamento também se submete aos princípios do artigo 37 da Constituição Federal (artigo 19 da Constituição Estadual). Assim, por exemplo, o orçamento deve favorecer a aplicação dos recursos públicos com eficiência e economicidade.

7.2 LEGISLAÇÃO

- Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988
- Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, de 1989
- Lei Complementar Federal nº 101, de 04 de maio de 2000, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar Federal nº 131, de 27 de maio de 2009
- Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964
- Lei Complementar Estadual nº 10.336, de 28 de dezembro de 1994, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 11.180, de 25 de junho de 1998
- Lei Estadual nº 11.179, de 25 de junho de 1998
- Lei do Plano Plurianual
- Lei de Diretrizes Orçamentárias
- Portaria Interministerial SOF/STN nº 163, de 04 de maio de 2001
- Portaria nº 42, de 14 de abril de 1999, do Ministro de Estado do Orçamento e Gestão
- Decreto Estadual nº 42.085, de 30 de dezembro de 2002.

7.3 ASPECTOS GERAIS DA LEGISLAÇÃO

O Orçamento Público é regido, basicamente, pela Constituição Federal, pela Constituição Estadual, pela Lei Federal nº 4.320/64 e pela Lei Complementar Estadual nº 10.336/94 (Lei Villela). Há, ainda, outros diplomas legais, como, por exemplo, a LRF (Lei Complementar Federal nº 101/00), que contêm dispositivos que dizem respeito à elaboração e à aprovação do orçamento e que devem ser observados.

Não se deve esquecer, por óbvio, a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO que, como sugere o seu nome, estabelece, a cada ano, as diretrizes para a elaboração do orçamento. Por disposição constitucional, o Orçamento Público deve ser compatibilizado com o Plano Plurianual - PPA o que obriga a considerar as disposições da lei que aprovou tal Plano, bem como a adoção dos programas que o compõem (ou, pelo menos, que seja estabelecida a devida correspondência entre os programas de um e de outro).

Atos de hierarquia menor, como decretos, portarias e circulares, também devem ser considerados na feitura desse documento legal, especialmente na elaboração da proposta orçamentária. Citam-se como exemplos: a Portaria nº 42, de 14 de abril de 1999, do Ministro de Estado do Orçamento e Gestão, que dispõe sobre a classificação funcional da despesa; a Portaria Interministerial SOF/STN nº 163, de 04 de maio de 2001, que trata da classificação econômica da receita e da despesa, e, no âmbito estadual, o Decreto Estadual nº 42.085/02, que institui a codificação da receita e da despesa, codificação esta que é atualizada por Circu-

lares da Contadoria e Auditoria-Geral do Estado - CAGE, acessíveis no Portal de Legislação da Secretaria da Fazenda (http://www.legislacao.sefaz.rs.gov.br).

Na Constituição Federal, as disposições específicas sobre o Orçamento Público estão instituídas na Seção II (dos Orçamentos) do Capítulo II (das Finanças Públicas) do Título VI (da Tributação e do Orçamento), mais precisamente nos artigos 165 a 169. No artigo 165, consta a determinação de que o Orçamento Público - OP, o Plano Plurianual - PPA e a Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO sejam aprovados por Lei, cuja iniciativa cabe ao Poder Executivo. Conforme o § 5º desse artigo, a Lei Orçamentária Anual - LOA deve compreender: o orçamento fiscal, abrangendo todos os Poderes, fundos, órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta (exceto as empresas estatais não dependentes), o orçamento de investimentos das empresas estatais e o orçamento da seguridade social, que, no caso do Rio Grande do Sul, segundo disposições de sua Constituição, abrange as receitas e despesas relativas à saúde, previdência e assistência social (artigo 149, § 10).

Outros dispositivos constitucionais influenciam sobremaneira a elaboração do orçamento.

As vinculações constitucionais arroladas no inciso IV do artigo 167 da CF como exceções à regra geral que proíbe a vinculação da receita de impostos, devem ser levadas na devida conta na hora de elaborar a proposta orçamentária. As vinculações relativas às ações e serviços de saúde (artigos 198 da CF e 77 do ADCT) e à manutenção e desenvolvimento do ensino (artigo 212 da CF) estão regulamentadas, respectivamente, pela Lei Complementar Federal nº 141, de 13 de janeiro de 2012, e pela Lei Federal nº 7.348, de 24 de julho de 1985. Embora esta última lei tenha sido instituída para regulamentar emenda à Constituição de 1967 (no caso, a Emenda nº 24/83, conhecida como "Emenda Calmon"), sendo, pois, anterior à Constituição de 1988, ela permanece em vigor, conforme entendimento manifestado pela douta Procuradoria-Geral do Estado no Parecer nº 8.648 de 1991.

Também devem ser levados em consideração a autonomia financeira dos Poderes Legislativo e Judiciário, assim como do Ministério Público e da Defensoria Pública, os quais têm a prerrogativa de encaminharem suas próprias propostas orçamentárias, observados os limites estipulados na LDO.

O orçamento da seguridade social, também previsto na CF (artigo 165, §5º, III), deve integrar a lei orçamentária anual, mas com suas dotações perfeitamente identificadas, e compreende o Regime Próprio de Previdência Social - RPPS dos servidores públicos pertencentes a esse regime previdenciário.

O Orçamento Público, cuja elaboração deve ser feita de modo a torná-lo compatível com o PPA e a LDO, tem, entre outras, a função de reduzir as desigualdades inter-regionais (artigo 165, § 7º). No Rio Grande do Sul, a regionalização do orçamento, prevista no § 8º, do artigo 149 da CE/89, toma por base os Conselhos Regionais de Desenvolvimento - COREDES, criados pela Lei Estadual nº 10.283/94.

Conforme o § 8º do artigo 165 da CF, a lei orçamentária não poderá conter dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, exceto a autorização para a abertura de créditos suplementares e a contratação de operações de crédito, nos termos da lei. Essa norma dá um caráter de exclusividade para a LOA, não sendo permitido o aproveitamento do respectivo projeto de lei para incluir outros dispositivos não pertinentes ao orçamento ou para propor alterações legislativas. É compreensível que o Constituinte de 1988 tenha dado esse tratamento à LOA, uma vez que se trata de lei cujo projeto tem tramitação diferente das demais no âmbito das casas legislativas (não passa pela Comissão de Constituição e Justiça, por exemplo). Em suma, o projeto da LOA só poderá tratar de orçamento (e das exceções anteriormente mencionadas).

De outra parte, o artigo 166 da CF/88 dispõe sobre a tramitação dos projetos de lei do PPA, da LDO e da LOA no Congresso Nacional, cabendo a uma Comissão Mista de deputados e senadores examinar e emitir parecer sobre os referidos projetos de lei e suas emendas. Na Assembleia gaúcha, esse papel é atribuído à Comissão de Finanças, Planejamento, Fiscalização e Controle.

No § 3º do mesmo artigo, são apresentados os requisitos a serem observados relativamente às emendas ao projeto de lei da LOA, a saber: as emendas devem ser compatíveis com o PPA e a LDO; é obrigatória a indicação de recurso orçamentário, sendo a única fonte admitida a resultante da anulação de outras despesas, desde que estas não se refiram a pessoal e seus encargos, ao serviço da dívida e às transferências tributárias constitucionais, e são admitidas emendas que se destinem à correção de erros ou a omissões, ou que se refiram ao texto do projeto de lei.

Na prática, também não se admitem emendas que alterem as finalidades dos recursos vinculados. Assim, por exemplo, não pode ser aceita emenda que utilize como fonte a anulação de despesa destinada à manutenção e ao desenvolvimento do ensino, exceto se a emenda enquadrar-se também nessa finalidade ou

se, comprovadamente, não prejudicar a fixação do percentual mínimo dos recursos destinados para esse fim, conforme previsto na Constituição Federal. A Constituição gaúcha incluiu as dotações para investimentos de interesse regional, aprovadas em consulta direta à população, dentre as que também não podem ser anuladas para servirem de fonte a emendas ao orçamento (artigo 152, § 3º, II, "d").

Já, o § 5º do citado artigo 166 da CF/88 confere ao Chefe do Poder Executivo a possibilidade de enviar mensagem retificativa aos projetos de lei do PPA, da LDO e da LOA, contanto que a votação das partes cujas alterações sejam propostas não tenha sido iniciada.

De outro modo, o artigo 167 da CF trata das vedações, dentre as quais as mais relevantes, sob o ponto de vista de elaboração e aprovação do Orçamento Público, são: a impossibilidade de iniciar programa ou projeto que não esteja incluído no orçamento, e a proibição da vinculação da receita de impostos, com exceção daquelas previstas na própria Constituição, algumas já referidas anteriormente (ações e serviços de saúde e manutenção e desenvolvimento do ensino). Também incluídos na seção que dispõe sobre os orçamentos, os artigos 168 e 169 da CF tratam, respectivamente, do prazo (até o dia 20 de cada mês) para o repasse dos recursos correspondentes aos duodécimos orçamentários aos Poderes Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público e à Defensoria Pública e da limitação da despesa com pessoal ativo e inativo.

A Constituição do Estado do Rio Grande do Sul dispõe sobre o orçamento no Título V (das Finanças, da Tributação e do Orçamento), Capítulo II (das Finanças Públicas), Seção II (do Orçamento), artigos 149 a 156. Em linhas gerais, os dispositivos da Constituição Estadual reproduzem os da Constituição Federal, com os seguintes acréscimos necessários, além daqueles antes destacados:

- o orçamento anual deve ser elaborado considerando a participação popular, na forma da Lei nº 11.179/98 (artigo 149, § 4º), que dispõe sobre a consulta direta à população;
- despesas com publicidade devem ser objeto de dotação orçamentária específica, que só pode ser complementada ou suplementada por meio de lei específica (artigo 149, § 7º);
- a LOA poderá prever a forma de aplicação do superávit ou o modo de cobrir o déficit (artigo 149, § 9º, III);
- emendas populares ao projeto de lei do PPA, da LDO e da LOA poderão ser apresentadas durante o período de pauta regimental, desde que firmadas por, no mínimo, quinhentos eleitores ou encaminhadas por duas entidades representativas da sociedade (artigo 152, § 6º);
- acesso público, efetuado, na prática, mediante disponibilização no endereço eletrônico da Assembleia Legislativa (http://www.al.rs.gov.br) aos projetos de lei do PPA, da LDO e da LOA por, no mínimo, trinta dias antes da votação (artigo 152, §7º);
- o projeto da LOA deve ser enviado pelo Poder Executivo à Assembleia Legislativa até 15 de setembro e encaminhado para sanção até 30 de novembro de cada ano (artigo 152, § 8º, III, e § 9º, II).

No campo infraconstitucional, o diploma legal mais importante, no que se refere ao Orçamento Público, é a Lei Federal nº 4.320/64, que estabelece normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos, sendo essa lei a referência para a elaboração da proposta orçamentária do projeto de LOA. Adicionalmente, a Lei Complementar Federal nº 101/00 reproduz e enfatiza dispositivos constitucionais sobre a matéria. A Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF foi alterada pela Lei Complementar nº 131, de 27 de maio de 2009, que tornou obrigatória a divulgação pela internet da execução orçamentária, a fim de ampliar a sua transparência.

Por último, a Lei Complementar Estadual nº 10.336/94, que dispõe sobre as finanças públicas do Estado, torna obrigatória a especificação das obras previstas como investimentos no orçamento, com indicação das novas, das que estão em andamento e das paralisadas (artigo 20, II, e § 1º, e artigo 22). As obras de pequeno valor, assim consideradas aquelas cujo somatório não ultrapassa 10% do valor total do projeto, poderão ser agrupadas sob o título Diversas Pequenas Obras (artigo 20, § 2º). Quando a execução da obra durar mais de um exercício, essa terá de ser especificada em todos os orçamentos, até a sua conclusão (artigo 20, § 3º).

7.4 PLANO PLURIANUAL

É um plano de médio prazo, por intermédio do qual o Governo procura ordenar suas ações para o alcance de metas e objetivos fixados para um período de quatro anos, compreendendo o segundo ano de um mandato até o primeiro ano do mandato seguinte. Tal como o Orçamento Público, o Plano Plurianual - PPA também é aprovado por lei, conforme se extrai do disposto no § 1º do artigo 165 da CF/88.

A elaboração da proposta do PPA compete à Secretaria de Planejamento, Gestão e Participação Ci-

dadã – SEPLAG, que se utiliza do Sistema de Informações do Planejamento e Gestão do Estado - SISPLAG. As metas do PPA, por obrigatoriedade incluída na Constituição Estadual, devem ser quantificadas física e financeiramente.

Na elaboração da proposta do PPA para o quadriênio 2012 a 2015, a SEPLAG estabeleceu os seguintes pressupostos para a elaboração do plano, divulgados em seminários de capacitação metodológica para as equipes de planejamento dos órgãos e entidades da Administração Pública Estadual:

– participação cidadã;
– alinhamento com as políticas públicas da União;
– regionalização; e
– transversalidade (articulação de vários órgãos com ações em um mesmo programa).

A proposta do PPA deve ser elaborada no primeiro ano de mandato do Chefe do Poder Executivo, cujo projeto de lei tem de ser enviado para a Assembleia Legislativa até 1º de agosto desse ano e retornar para sanção governamental até 1º de outubro do ano em questão (estes prazos foram estabelecidos pela Emenda Constitucional nº 59, de 22 de fevereiro de 2011, que está sendo contestada no STF por meio da ADI 4629). O PPA pode sofrer revisões anuais, com o encaminhamento do respectivo projeto de lei à Assembleia Legislativa até 15 de agosto. O PPA é constituído de programas e estes, de ações. Os programas contêm objetivos e indicadores, ao passo que as Ações possuem produtos, metas e recursos.

De acordo com a Lei Estadual nº 13.808, de 18 de outubro de 2011, que dispõe sobre o PPA do quadriênio 2012-2015, os programas são classificados em finalísticos, de gestão das políticas públicas, de serviços ao Estado, de políticas de crédito e de apoio administrativo, abaixo explicados.

Programas finalísticos – São aqueles que resultam em bens ou serviços ofertados diretamente à sociedade e destinam-se à solução ou atenuação de problemas da sociedade ou, ainda, ao aproveitamento de oportunidades.

Programas de gestão das políticas públicas – São os que abrangem ações relacionadas à formulação, coordenação, supervisão, avaliação e divulgação de políticas públicas.

Programas de serviços ao Estado – São aqueles cujo público-alvo é o próprio Estado.

Programas de políticas de crédito – São os destinados a expressar as operações das instituições de crédito do Estado, caracterizados por não comportar programação de dispêndio e por conter metas quantificadas pelo volume de crédito concedido.

Programas de apoio administrativo – São os que englobam ações de natureza administrativa e que, embora colaborem para a consecução dos objetivos dos demais programas, não têm suas despesas passíveis de apropriação àqueles programas.

Conforme estabelece o artigo 2º da Lei nº 13.808/2011, as diretrizes estratégicas da Administração Pública Estadual, orientadoras do planejamento plurianual para o período 2012-2015, são:

I – alcançar o crescimento do investimento, do emprego e da renda;
II – promover o desenvolvimento regional;
III – elevar a qualidade de vida e erradicar a pobreza extrema; e
IV – aprimorar a cidadania, promover a paz e os valores republicanos.

O PPA atualmente em vigor, aprovado pela Lei 13.808/11, foi modificado duas vezes até a data de elaboração deste texto, a saber: a Lei 13.998, de 22 de maio de 2012, que transferiu a ação referente à construção do teatro da OSPA para a Secretaria da Cultura, e a Lei nº 14.138, de 14 de dezembro 2012, que introduziu diversas alterações no PPA.

Os projetos de lei do plano plurianual, relativos aos quadriênios subsequentes ao atual, deverão trazer como anexo as metas e prioridades do exercício subsequente ao do primeiro ano de mandato do governador, que, normalmente, deveriam constar do projeto de LDO para esse exercício (Emenda nº 65, de 09 de agosto de 2012, à Constituição Estadual). Esta mudança constitucional tornou-se necessária em razão da postergação do envio do projeto de lei do PPA à Assembleia Legislativa para 1º de agosto do primeiro ano do mandato governamental, conforme já mencionado. Como a data para o envio do projeto de LDO manteve-se inalterada – 15 de maio – seria incoerente que esse projeto trouxesse metas e prioridades para o primeiro ano de vigência do PPA antes da elaboração deste último, havendo o risco de incompatibilidade entre ambos, o que descumpriria a Constituição.

Os orçamentos anuais devem ser elaborados visando à integração com o PPA. Assim, as Ações do PPA encontram correspondência em Projetos e Atividades do Orçamento Público, de modo que a execução finan-

ceira do PPA resulta do somatório das execuções orçamentárias dos exercícios por ele abrangidos. A visão detalhada do PPA, assim como outros documentos pertinentes à sua elaboração e acompanhamento, alguns dos quais usados como fonte na elaboração deste capítulo, encontram-se disponíveis no endereço eletrônico da SEPLAG (http://www.seplag.rs.gov.br), cuja consulta é recomendável para quem deseja se aprofundar no assunto.

7.5 LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS

A Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO foi introduzida pela Constituição Federal de 1988, conforme § 2º do artigo 165, constituindo-se em instrumento importantíssimo não só para a discussão e definição de prioridades do orçamento, mas também para dispor sobre a divisão de verbas por Poder, as transferências voluntárias, os critérios para as alterações tributárias e para as despesas com pessoal etc. Via de regra, toda discussão que envolver o processo de elaboração da proposta orçamentária deve ser feita durante o trâmite da LDO.

O fato de a LDO ser uma lei anual, que define os critérios para a elaboração da proposta orçamentária, a torna uma lei *dinâmica*, podendo trazer, a cada ano, novas disposições refletindo as mudanças no contexto legal e socioeconômico do País ou do Estado que influenciam a elaboração do orçamento ou a sua execução. Assim, por exemplo, a obrigatoriedade de a execução orçamentária identificar os beneficiários dos pagamentos de sentenças judiciais, estabelecida no artigo 10 da LRF, bem como o regime especial de pagamento de precatórios de que trata a Emenda Constitucional 62/09 e, ainda, o regime especial também adotado para o pagamento das Requisições de Pequeno Valor – RPVs -, aprovado pela Lei Estadual nº 13.756, de 15 de julho 2011, estão refletidos nos artigos 16 e 17 da LDO para o exercício de 2013 (Lei nº 14.069, de 26 de julho de 2012).

Entre as finalidades da LDO, a Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF incluiu a que trata da disposição das medidas necessárias à manutenção do equilíbrio fiscal dos entes a que se reporta. Nesse aspecto, é importante ressaltar a exigência do Anexo de Metas Fiscais, previsto no § 1º do artigo 4º da LRF, no qual deverão ser estabelecidas metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas e despesas, aos resultados nominal e primário e ao montante da dívida pública para o ano financeiro a que se referirem e para os dois períodos administrativos seguintes.

Cumpre salientar que as metas fixadas, especialmente as relacionadas aos resultados nominal e primário, não devem ser consideradas como intenções para cumprimento de texto legal, pois são compromissos cuja avaliação bimestral poderá resultar na limitação de despesa, segundo critérios previamente fixados na LDO (artigo 9º da LRF).

Em consequência, desde 2007, o Poder Executivo tem, bimestralmente, informado aos demais Poderes e ao Ministério Público o comportamento das receitas e despesas, com projeção do resultado primário até o final do exercício, em confronto com as metas fiscais estabelecidas na LDO. Essas informações, apresentadas sob o título de Relatório da Execução Orçamentária, estão disponíveis no endereço eletrônico da Secretaria da Fazenda.

O § 3º do artigo 4º da LRF contempla o Anexo de Riscos Fiscais, que também deve acompanhar a LDO, no qual são avaliados os passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas e as medidas que deverão ser adotadas, caso se concretizem.

O projeto de lei da LDO deve ser encaminhado pelo Poder Executivo à Assembleia Legislativa até 15 de maio de cada ano e devolvido para sanção até 15 de julho.

7.6 PROPOSTA ORÇAMENTÁRIA

Aprovada a LDO, com a definição das prioridades a serem consideradas no Orçamento Público, a SEPLAG dá início ao processo de elaboração da Proposta Orçamentária. Os grandes números da Proposta Orçamentária – a estimativa das receitas tributárias, a projeção das despesas com pessoal e com serviço da dívida pública, bem como as transferências constitucionais e legais aos municípios, por exemplo – são estabelecidos tomando-se por base informações fornecidas pela Secretaria da Fazenda e, em se tratando de transferências da União, pelos Ministérios da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Para as demais receitas (próprias, de fundos e convênios, por exemplo) e despesas, o processo de ela-

boração da Proposta é efetuado juntamente com os órgãos e as entidades do Estado, pois são eles que, normalmente, detêm as informações relativas aos programas de trabalho respectivos, inclusive quanto a metas e prioridades.

É importante que o gestor mantenha atualizadas as informações financeiras, estatísticas, de custos unitários e outras relativas ao órgão ou à entidade que administra, em especial as que servirão de base para a quantificação dos produtos na proposta orçamentária.

Entre os fatores que interferem significativamente na elaboração da Proposta Orçamentária, estão as vinculações de receitas, tanto as constitucionais, já amplamente referidas neste Capítulo, como também as estabelecidas pela legislação infraconstitucional (as receitas vinculadas a fundos, por exemplo), a Consulta Popular (ou Participação Popular e Cidadã) e os programas prioritários de Governo. Esses fatores direcionam, compulsoriamente, a alocação de recursos na Proposta Orçamentária, impondo limites à discricionariedade da administração e, durante o processo de discussão legislativa, às emendas parlamentares.

Com a finalidade de instruir os servidores que atuam junto aos órgãos e as unidades orçamentárias integrantes da Administração Pública Estadual do Rio Grande do Sul, quanto aos procedimentos a serem adotados para a elaboração das propostas orçamentárias parciais, o Departamento de Orçamento do Estado, órgão pertencente à estrutura da SEPLAG, elabora e divulga o Manual Técnico do Orçamento, cuja versão para o orçamento de 2013 está disponível no endereço eletrônico da Secretaria.

O Poder Legislativo e o Poder Judiciário, assim como o Ministério Público e a Defensoria Pública, elaboram suas respectivas propostas orçamentárias com base nos limites previamente negociados com o Poder Executivo, enviando-as à SEPLAG para inclusão na Proposta Orçamentária final. Após consolidados os dados que comporão a previsão da receita e a fixação da despesa, a SEPLAG prepara os documentos que formarão a Proposta Orçamentária a ser enviada ao Poder Legislativo, os quais estão previstos na Constituição Estadual (artigo 149, § 5º), na Lei Federal nº 4.320/64 (artigo 2º, §§ 1º e 2º, e artigo 22), na Lei Complementar Federal nº 101/00 (artigo 5º) e na Lei Complementar Estadual nº 10.336/94 (artigo 26).

Dentre os documentos de uma Proposta Orçamentária, destacam-se como mais importantes os seguintes:

Mensagem do Chefe do Poder Executivo, que conterá exposição sobre o contexto econômico-financeiro estadual, nacional e internacional, a situação das finanças públicas do Estado, os critérios para a estimativa da receita e a fixação da despesa, o demonstrativo das desonerações fiscais (CF, artigo 165, § 6º, e CE, artigo 149, § 5º, V) e outras informações relevantes.

Projeto de Lei do Orçamento Anual.

Programa de Trabalho, que especifica as dotações orçamentárias;

Demonstrativo da receita consolidada por fontes.

Demonstrativo dos investimentos regionais – É o demonstrativo cujos investimentos devem ser discriminados por projeto e obra.

Orçamento de investimentos das empresas estatais.

Demonstrativos da consulta popular.

A Proposta Orçamentária deve ser enviada pelo Chefe do Poder Executivo ao Poder Legislativo até 15 de setembro de cada ano, sendo devolvida para sanção até 30 de novembro. Após os devidos ajustes, decorrentes das emendas parlamentares aprovadas, o agora Orçamento Público é carregado no sistema Finanças Públicas do Estado - FPE, para ser executado a partir de 1º de janeiro do ano seguinte.

7.7 DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA

A dotação orçamentária (ou crédito orçamentário) é a parcela do Orçamento Público que o gestor está autorizado a utilizar com vistas à realização do programa de trabalho do órgão ou entidade em que atua. Sinteticamente, a dotação orçamentária compõe-se de classificação, fonte de recurso e identificador de uso, modalidade de aplicação e valor.

No tocante à **classificação**, a dotação orçamentária é categorizada segundo diferentes enfoques ou abordagens, a seguir descritos, dependendo do ângulo que se pretende analisar.

I – **Classificação institucional** – Via de regra, guarda alguma relação com a estrutura administrativa, embora alguns órgãos e a maioria das unidades orçamentárias sejam criados unicamente para fins orçamentários (Encargos Financeiros do Estado, as Reservas de Contingência, os

Serviços da Dívida Pública, as Transferências aos Municípios etc.). A classificação institucional serve para identificar a responsabilidade pela execução da despesa (quem faz) e, no Estado, abrange três níveis, a saber:

a) Setor Governamental – É geralmente vinculado a uma pessoa jurídica, como, por exemplo, ao Governo do Estado ou ao IPERGS. Para fins orçamentários, as Autarquias e as Fundações são consideradas como setores governamentais (entidades), deixando de ser unidades orçamentárias das Secretarias (órgãos) a que se vinculam. É bom esclarecer, todavia, que essa desvinculação orçamentária em nada afeta os demais vínculos entre as Secretarias e as respectivas entidades da Administração Indireta supervisionadas.
b) Órgão – É uma secretaria ou órgão equivalente, sendo exemplos a Secretaria da Segurança Pública e a Procuradoria-Geral do Estado.
c) Unidade Orçamentária (U.O.) – É a subdivisão do órgão para fins de orçamento, não se confundindo, na maioria das vezes, com as unidades administrativas do órgão (exemplos: gabinete e órgãos centrais e SUSEPE). Considerados como unidades orçamentárias dos órgãos a que estão vinculados, os fundos especiais distinguem-se por possuírem tesouraria ou pagadoria própria. As entidades (Autarquias e Fundações) e os órgãos podem ser agregados a um Poder, como, por exemplo, a Assembleia Legislativa e o Tribunal de Contas do Estado, que pertencem ao Poder Legislativo. Sob o ponto de vista orçamentário, o Ministério Público e a Defensoria Pública não estão vinculados a nenhum dos Poderes constitucionais, em razão da autonomia orçamentária que a Constituição lhes conferiu.

II – Classificação funcional – Essa classificação evidencia o direcionamento macro dos gastos governamentais (em que área se gasta) e é única para todo o País, tendo sido estabelecida pela Portaria nº 42/99, do Ministro de Estado do Orçamento e Gestão. É com base na classificação funcional, a seguir discriminada, que são consolidadas as contas do setor público entre esferas de governo.

a) Função – É o maior nível de agregação das diversas áreas de despesa que competem ao setor público. Atualmente, são 28 as funções, incluindo-se a de Encargos Especiais, que engloba as despesas às quais não é permitido associar um bem ou um serviço gerado no processo produtivo corrente, tais como dívidas, ressarcimentos, indenizações e outras afins, representando, portanto, uma agregação neutra. Exemplos de funções: 10 – Saúde, 12 – Educação.
b) Subfunção – Representa uma partição da função, visando a agregar determinado subconjunto de despesa do setor público. As subfunções poderão ser combinadas com funções diferentes daquelas a que estejam vinculadas. Exemplos de subfunções: 032 – Controle Externo, 124 – Controle Interno.

III – Classificação programática – A alínea "*a*" do artigo 2º da Portaria nº 42/99 conceitua programa como "o instrumento de organização da ação governamental visando à concretização dos objetivos pretendidos, sendo mensurado por indicadores estabelecidos no PPA". A classificação programática identifica a finalidade do gasto (para que se faz), é estabelecida pela esfera de governo e pode não ter vinculação com a classificação funcional.

Os programas subdividem-se em projetos, atividades e operações especiais, subsequentemente detalhados, que, em geral, correspondem às ações do PPA. De acordo com a LDO para 2013 (Lei Estadual nº 14.069, de 26 de julho de 2012), os projetos, as atividades e as operações especiais ainda podem ser divididos em subtítulos, utilizados, preferencialmente, para especificar a localização geográfica dos instrumentos de programação a que se referem.

a) Projeto – É o instrumento de programação para alcançar o objetivo de um programa e envolve um conjunto de operações limitadas no tempo, das quais resulta um produto que concorre para a expansão ou o aperfeiçoamento da ação do Governo. Exemplo: 1909 – Modernização Tecnológica e de Cultura Digital – Educação Básica.
b) Atividade – É o instrumento de programação executado para alcançar o objetivo de um programa e envolve um conjunto de operações que se realizam de modo contínuo e permanente, das quais resulta um produto necessário à manutenção da ação de Governo. Exemplo: 2373 – Alimentação Escolar Qualificada e Monitorada.

c) Operações especiais – São despesas que não contribuem para a manutenção, a expansão ou o aperfeiçoamento das ações de Governo, das quais não resulta um produto, e não geram contraprestação direta sob a forma de bens ou serviços. São despesas passíveis de enquadramento nesse instrumento de programação: amortizações e encargos, aquisição de títulos, pagamento de sentenças judiciais, transferências a qualquer título, fundos de participação, concessão de empréstimos, ressarcimentos e indenizações, pagamento de inativos e pensionistas etc. Exemplo: –2648 – Pagamento da Dívida Fundada Interna.

Além da codificação e da denominação, os instrumentos de programação anteriormente tratados costumam apresentar um sucinto texto descritivo da sua finalidade.

IV – Classificação econômica – Sinteticamente, essa classificação evidencia o efeito econômico da despesa (Corrente ou de Capital) e os meios pelos quais a gestão realiza seu programa de trabalho (no que se gasta). Para fins de LOA, a classificação econômica estende-se até o nível de Grupo de Despesa, a saber:

3 – Despesas Correntes
1 – Pessoal e Encargos Sociais
2 – Juros e Encargos da Dívida
3 – Outras Despesas Correntes
4 – Despesas de Capital
4 – Investimentos
5 – Inversões Financeiras
6 – Amortização da Dívida
9 – Reserva de Contingência (art. 8º da LDO para 2013)

Na elaboração da Proposta Orçamentária, a especificação da despesa deve atingir o nível de Elemento de Despesa, utilizando-se a codificação da Portaria Interministerial SOF/STN nº 163/2001. Já, na execução do Orçamento Público, a especificação vai até o nível de Rubrica, constante do Ementário de Despesa, instituído pelo Decreto Estadual nº 42.085/2002, mantido e divulgado pela CAGE.

O conjunto completo da classificação econômica, considerando-se, inclusive, a modalidade de aplicação, denomina-se de Natureza de Despesa (NAD), que, no uso diário, costuma ser identificada pelo nome da Rubrica.

Exemplo: **3.1.90.01.0102**, onde:
3 Despesas Correntes (Categoria Econômica)
1 Pessoal e Encargos Sociais (Grupo de Despesa)
90 Aplicações Diretas (Modalidade de Aplicação)
01 Aposentadorias e Reformas (Elemento)
0102 Inativos – Militar (Rubrica)

Relativamente à **Fonte de Recurso** e ao **Identificador de Uso**, destaca-se:

A Fonte de Recurso identifica a natureza dos recursos utilizados para a cobertura da despesa. As fontes de recursos são definidas na LDO, que, para o exercício de 2013, estabeleceu as seguintes:

I – Tesouro – Livres
II – Tesouro – Vinculado pela Constituição
III – Próprios da Autarquia
IV – Próprios da Fundação
V – Tesouro – Vinculados por Lei
VI – Convênios
VII – Operações de Crédito Internas
VIII – Operações de Crédito Externas

A fonte de recurso é uma espécie de agregador de recursos orçamentários, podendo-se dizer que estes são o elo entre a receita e a despesa. Ela funciona como se fosse uma conta corrente creditada, de um lado, pelas receitas arrecadadas (origem) e debitada, de outro, pelas despesas empenhadas (aplicação). O saldo credor apurado no final do exercício, denominado de Passivo Potencial, constitui recurso hábil para a abertura de crédito adicional no exercício seguinte. Os recursos orçamentários são identificados por um código de quatro dígitos criado pela CAGE, e são usados normalmente para identificar receitas vinculadas e a sua aplicação, como, por exemplo, as provenientes de convênios.

A fonte Tesouro – Livres é formada por receitas sem qualquer vinculação a uma determinada despesa, enquanto as demais fontes são formadas por receitas cuja destinação está, em maior ou menor grau, restrita a determinados fins (receitas vinculadas).

Já o **identificador de uso** destina-se a indicar se a fonte de recurso, ou parte dela, constitui ou não contrapartida de empréstimos, convênios, doações etc. Esse identificador é representado por dígitos após o nome da fonte de recurso, a saber conforme §6º do artigo 6º da LDO para 2013:

0 – Recurso Não Destinado à Contrapartida

1 – Contrapartida de Operações de Crédito Interna

2 – Contrapartida de Operações de Crédito Externa

3 – Contrapartida de Convênios

4- Outras Contrapartidas

Contrapartida é o montante de recursos próprios que o Estado se obriga a aportar nos convênios, nas operações de crédito etc., para ser aplicado juntamente com a receita proveniente dessas transações. Como regra, tanto o termo de convênio quanto o contrato de operação de crédito contêm cláusula exigindo que a existência da contrapartida esteja evidenciada no orçamento.

Quanto à **modalidade de aplicação**, esta indica se os recursos serão aplicados por meio de transferência financeira ou diretamente pela unidade detentora da dotação. Foi criada originalmente para facilitar a consolidação das contas nacionais, mediante a eliminação das transferências entre esferas de governo. As modalidades de aplicação estabelecidas no Anexo II, inciso I, alínea c, da Portaria Interministerial SOF/STN nº 163/2001, com as alterações posteriores, são as seguintes:

20 – Transferências à União

22 – Execução Orçamentária Delegada à União

30 – Transferências a Estados e ao Distrito Federal

31 – Premiações Culturais, Artísticas, Científicas, Desportivas e Outras

32 – Execução Orçamentária Delegada a Estados e ao Distrito Federal

35 – Transferências Fundo a Fundo aos Estados e ao Distrito Federal à conta de recursos de que tratam os §§ 1º e 2º do artigo 24 da Lei Complementar nº 141, de 2012

36 – Transferências Fundo a Fundo aos Estados e ao Distrito Federal à conta de recursos de que trata o artigo 25 da Lei Complementar nº 141, de 2012.

40 – Transferências a Municípios

41 – Transferências a Municípios – Fundo a Fundo

42 – Execução Orçamentária Delegada a Municípios

45 – Transferências Fundo a Fundo aos Municípios à conta de recursos de que tratam os

§§ 1º e 2º do artigo 24 da Lei Complementar nº 141, de 2012

46 – Transferências Fundo a Fundo aos Municípios à conta de recursos de que trata o artigo 25 da Lei Complementar nº 141, de 2012.

50 – Transferências a Instituições Privadas sem Fins Lucrativos

60 – Transferências a Instituições Privadas com Fins Lucrativos

70 – Transferências a Instituições Multigovernamentais

71 – Transferências a Consórcios Públicos

72 – Execução Orçamentária Delegada a Consórcios Públicos

73 – Transferências a Consórcios Públicos mediante contrato de rateio à conta de recursos de que tratam os §§ 1º e 2º do artigo 24 da Lei Complementar nº 141, de 2012

74 – Transferências a Consórcios Públicos mediante contrato de rateio à conta de recursos de que trata o artigo 25 da Lei Complementar nº 141, de 2012

75 – Transferências a Instituições Multigovernamentais à conta de recursos de que tratam os §§ 1º e 2º do artigo 24 da Lei Complementar nº 141, de 2012

76 – Transferências a Instituições Multigovernamentais à conta de recursos de que trata o artigo 25 da Lei Complementar nº 141, de 2012

80 – Transferências ao Exterior

90 – Aplicações Diretas

91 – Aplicação Direta Decorrente de Operação entre Órgãos, Fundos e Entidades Integrantes dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social

93 – Aplicação Direta Decorrente de Operação de Órgãos, Fundos e Entidades Integrantes dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social com Consórcio Público do qual o Ente Participe.

94 – Aplicação Direta Decorrente de Operação de Órgãos, Fundos e Entidades Integrantes dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social com Consórcio Público do qual o Ente Não Participe.

95 – Aplicação Direta à conta de recursos de que tratam os §§ 1º e 2º do artigo 24 da Lei Complementar nº 141, de 2012

96 – Aplicação Direta à conta de recursos de que trata o artigo 25 da Lei Complementar nº 141, de 2012

99 – A Definir.

A modalidade com código 91 foi introduzida para identificar as despesas decorrentes da aquisição de materiais, bens e serviços, do pagamento de impostos, taxas e contribuições, além das oriundas de outras operações, quando o recebedor dos recursos também for integrante do Orçamento Público, no âmbito da mesma esfera de governo. Essa modalidade implica, obrigatoriamente, a inclusão de previsão de receita intraorçamentária pela entidade recebedora, identificada pelos algarismos iniciais da codificação: 7 para as receitas correntes e 8 para as de capital.

Ela não se confunde com as transferências intragovernamentais, pois, diferentemente destas, têm como fato gerador a contraprestação de um bem ou serviço ou está relacionada ao pagamento de uma obrigação. No Estado, a sua utilização se dá especialmente para identificar as contribuições patronais destinadas ao Regime Próprio de Previdência Social - RPPS e ao Fundo de Assistência à Saúde - FAS/RS, ambos geridos pelo IPERGS.

Por fim, a respeito do **valor**, cumpre acentuar que toda dotação orçamentária tem valor expresso em Reais (R$).

A seguir, apresenta-se, como exemplo, uma dotação orçamentária típica, discriminada pelos seus componentes, conforme seu registro no Orçamento:

Setor Governamental 19 – Governo do Estado do Rio Grande do Sul
Órgão 13 – Secretaria do Planejamento
Unidade Orçamentária 01 – Gabinete e Órgãos Centrais
Função 04 – Administração
Subfunção 122 – Administração Geral
Programa 138 – Programa de Apoio Administrativo
Atividade 6270 – Apoio Administrativo e Qualificação da Infraestrutura SEPLAG
Categoria Econômica 4 – Despesas de Capital
Grupo de Despesas 4 – Investimentos
Fonte de Recursos 0001 – Tesouro – Livres
Identificador de Uso 0 – Recurso Não Destinado à Contrapartida
Modalidade de Aplicação 90 – Aplicações Diretas
Valor: R$ 87.364,82

7.8 CRÉDITOS ADICIONAIS

Os créditos (dotações) constantes do Orçamento Público aprovados na LOA são denominados de créditos ordinários, e aqueles incluídos posteriormente, considerando-se, inclusive, os acréscimos à dotação original, são chamados de créditos adicionais, os quais, segundo o conceito legal objeto do artigo 40 da Lei Federal nº 4.320/64, são as autorizações de despesas não computadas ou insuficientemente dotadas na Lei de Orçamento. Já, no artigo 41 da mesma lei, consta a classificação desses créditos adicionais e a definição/destinação de cada um, *ipsis verbis*:

> I – **Suplementares**, os destinados a reforço de dotação orçamentária.
> II – **Especiais**, os destinados a despesas para as quais não haja dotação orçamentária específica.
> III – **Extraordinários**, os destinados a despesas urgentes e imprevistas, em caso de guerra, comoção intestina ou calamidade pública.

Tanto os créditos suplementares como os especiais necessitam, previamente, ser autorizados por lei e são abertos por decreto do Chefe do Poder Executivo. Os créditos extraordinários também são abertos por igual forma e devem ser convertidos em lei no prazo de trinta dias (CE/89, artigo 154, § 3º).

No âmbito federal, os créditos extraordinários podem ser abertos por medida provisória, seguindo o rito do artigo 62 da Constituição Federal de 1988, a qual faculta, adicionalmente, que conste na LOA as autorizações para a abertura de créditos suplementares (CF, artigo 165, § 8º, e CE, artigo 149, § 9º, I). Essas autorizações, nos últimos anos, têm constado, além de na LOA, também na LDO.

A autorização para a abertura de créditos não costuma ser incondicional ou ilimitada. O legislador impõe limites e condições, como se pode verificar, exemplificativamente, na LDO para o exercício de 2013 (Lei Estadual nº 14.069/12). E quando os limites forem excedidos ou não estiverem presentes as condições que autorizem previamente a abertura do crédito suplementar, deverá ser obtida uma autorização legislativa específica para abertura desse crédito.

O artigo 22 da LDO para 2013 autoriza, antecipadamente, a abertura de créditos adicionais para diversas finalidades, o que inclui, portanto, os créditos especiais. Os créditos especiais que não se enquadrem nas situações previamente autorizadas na LDO só poderão ser abertos após a sanção da lei que os autorizar.

A LDO/2013 também autorizou, no artigo 25 e seu parágrafo único, alterações orçamentárias que não modifiquem o valor global da categoria de programação, relativas a função, subfunção, fonte de recursos, título, descrição de instrumentos de programação, modalidade de aplicação e identificador de uso, por meio de portaria da Junta de Coordenação Orçamentária e Financeira. As modificações podem se estender inclusive aos créditos adicionais

O § 2º do artigo 20 da LDO/2013 combinado com o § 7º do artigo 6º, esclarece quando cabe crédito suplementar ou especial:

> Art. 6º – (...)
> § 7º – As categorias de programação serão identificadas no Projeto de Lei Orçamentária de 2013 e na respectiva Lei, bem como nos créditos adicionais, por programas e respectivos projetos, atividades ou operações especiais.
> (...)
> Art. 20 – (...)
> § 2º - Para fins do disposto no §8º do artigo 165 da Constituição Federal, considera-se suplementar o crédito adicional efetuado para a categoria de programação consignada nos Anexos da Lei Orçamentária e especial o crédito adicional efetuado para a categoria de programação inexistente.

Fica subentendido, assim, que a alteração do Grupo de Despesa de uma dotação não requer a abertura de crédito suplementar.

É importante ressaltar, ainda, a vedação contida no artigo 167, inciso VI, da CF/88 (inciso VI do artigo 154 da CE/89), quanto à transposição, ao remanejamento ou à transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa. Nesse sentido, a LDO para 2013 contempla essa autorização no § 4º do artigo 20, *ipsis verbis*:

> O Poder Executivo poderá, mediante decreto, transpor, remanejar, transferir ou utilizar, total ou parcialmente, as dotações orçamentárias aprovadas na Lei Orçamentária de 2013 e em créditos adicionais, em decorrência da extinção, transformação, transferência, incorporação ou desmembramento de órgãos e entidades, bem como de alterações de suas competências ou atribuições.

Para se abrir crédito suplementar ou especial, é obrigatória a indicação dos recursos que suportem as despesas correspondentes, os quais estão disciplinados no artigo 43 da Lei Federal nº 4.320/64.

Ainda na referida lei, está previsto que o saldo de recursos vinculados, que se transfere de um exercício para outro (Passivo Potencial), é recurso hábil para a abertura de créditos suplementares ou especiais, pois se enquadra na hipótese formulada no inciso I, § 1º, do artigo 43.

Já, os recursos vinculados, como, por exemplo, os provenientes de convênios, podem enquadrar-se no inciso II do citado dispositivo, desde que o montante da arrecadação das receitas que compõem esses recursos exceda àquele que foi previsto no orçamento.

É importante salientar que a anulação (ou redução) de dotações cobertas com recurso vinculado só poderá constituir fonte se a nova despesa também for compatível com a vinculação do recurso, de modo a não caracterizar desvio de finalidade.

Uma fonte, por assim dizer, hábil para a abertura de créditos adicionais está prevista no § 8º do artigo 166 da CF/88, embora, ao que se saiba, nunca tenha sido usada no Estado:

> Art. 166 – (...)
> § 8º – Os recursos que, em decorrência de veto, emenda ou rejeição do projeto de lei orçamentária anual, ficarem sem despesas correspondentes poderão ser utilizados, conforme o caso, mediante créditos especiais ou suplementares, com prévia e específica autorização legislativa.

Por fim, cabe assinalar que os créditos suplementares têm vigência adstrita à do orçamento ao qual foram incorporados e que os créditos especiais e extraordinários, nos termos do § 2º do artigo 167 da CF/88, terão vigência no exercício financeiro em que forem autorizados, salvo se o ato de autorização for promulgado nos últimos quatro meses daquele exercício, caso em que, reabertos nos limites de seus saldos, serão incorporados ao orçamento do exercício financeiro subsequente.

A LDO para o exercício de 2013 também dispôs sobre essa matéria, com relação aos créditos especiais e extraordinários abertos nos últimos quatro meses de 2012:

> Art. 23 – O Poder Executivo fica autorizado a reabrir, nos limites de seus saldos e mediante a indicação de recursos financeiros provenientes do Orçamento de 2013, créditos especiais e extraordinários cujo ato de autorização for promulgado nos últimos quatro meses do exercício de 2012.

Observe-se que, ao impor a indicação de recursos financeiros provenientes do Orçamento de 2013, a LDO, salvo melhor juízo, criou uma limitação para a reabertura dos créditos especiais e extraordinários: não basta que haja saldo pendente de aplicação ao final do exercício de 2012, mas é necessário que haja recurso disponível no orçamento de 2013 para que o crédito seja reaberto.

8. PLANEJAMENTO NA GESTÃO PÚBLICA

Sumário: 8.1 Considerações iniciais. **8.2** Definição. **8.3** Fases, Cronograma e Agenda. **8.3.1** Fases. **8.3.1.1** Fase Conceitual. **8.3.1.2** Fase Operacional. **8.3.2** Cronograma. **8.3.3** Agenda. **8.4** Recursos, Equipe e Sistemas de Suporte. **8.5** Participação. **8.6** Definição de Metas, Ações e Etapas. **8.6.1** Metas. **8.6.1.1** Quantitativo de Metas. **8.6.2** Ações. **8.6.3** Etapas. **8.7** Procedimentos Mínimos Sugeridos. **8.8** Controle.

8.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O planejamento é uma exigência constitucional e legal. Um importante regramento é encontrado no § 1º, do artigo 1º da Lei Complementar Federal nº 101/2000, estabelecendo que

> (...) a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

O Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária são instrumentos legais do planejamento, de natureza finalística e financeira, os quais garantem os meios financeiros necessários à realização das ações e estabelecem limites e critérios para sua execução. Esses planos terão mais chance de sucesso se houver suporte prévio no planejamento da organização.

O objetivo, neste capítulo, portanto, é oferecer sugestões ao gestor e evidenciar alguns cuidados para minimizar os riscos de insucesso, evitando perda de tempo e retrabalho com planejamento.

O processo de planejamento requer o interesse e o engajamento pleno da equipe diretiva do órgão/entidade. Uma vez que todos os órgãos/entidades da Administração funcionam no modelo hierárquico, teriam poucas possibilidades de êxito iniciativas de planejamento sem o interesse e engajamento absoluto da autoridade máxima. Esse alinhamento facilitará o uso da ferramenta adequada para atingir os resultados propostos ou mesmo para acompanhar o desempenho da organização que dirige.

Havendo situações novas, o planejamento deve ser realinhado para evitar o distanciamento entre o planejado e as ações em curso. A falta desses ajustes pode levar à ruína os planos originalmente feitos, bem como a uma divisão interna de forças, dificultando o alcance dos objetivos.

A ênfase deste capítulo, que trata do processo de planejamento, está nos aspectos gerenciais dos meios, independentemente da metodologia de planejamento e das definições estratégicas que venham a ser adotadas pelo órgão ou entidade.

O planejamento relaciona-se com as ações tendentes a contemplar os objetivos do órgão/entidade, cumprindo a legislação, especialmente a de finanças públicas. Estando este assunto inserido num manual que, por sua natureza, propõe ideias práticas, o conteúdo deste capítulo seguirá nessa diretriz, visando a alertar o gestor para o adequado uso do planejamento como ferramenta conceitual para atingir os fins da organização.

Visto ser o planejamento um instrumento utilizado para melhor atingir os resultados da organização, a cultura do planejamento, quando consolidada, permitirá ao gestor conduzir o órgão/entidade a uma gestão por projetos. Esse é um método proativo, pois se antecipa aos problemas e às dificuldades existentes ou que poderão advir, os quais necessitam ser resolvidos. Contrário senso, sem o uso do planejamento, a gestão tenderá a atingir tão-somente os objetivos institucionais já consagrados, atendendo reativamente as demandas segundo suas possibilidades.

O planejamento, bem implantado e acompanhado, possibilita a identificação de desvios e permite a correção de rumos da administração. O registro sistemático dos planos facilita o entendimento da organização e dos seus objetivos e avanços. Dessa forma, as pessoas que participam do planejamento, mesmo sendo responsáveis por simples etapas, sentir-se-ão mais comprometidas com a organização, já que tanto o sucesso quanto o insucesso no alcance dos objetivos é compartilhado no ambiente organizacional.

Nesse contexto, o planejamento, registrado, facilita a negociação das verbas orçamentárias, ou mesmo, a revisão das ações, ante a impossibilidade material de se obterem todas as verbas desejadas.

8.2 DEFINIÇÃO

Planejamento é um conjunto de conceitos, ideias e intenções viáveis, sistematicamente organizado e com identificação de responsabilidades de pessoas e organizações norteador das ações a serem implementadas para atingir determinado fim da Administração Pública. O planejamento, embora seja uma ferramenta de natureza estratégica, é somente uma atividade meio.

As ações a serem realizadas devem, necessariamente, estar previstas no planejamento, buscando o imprescindível comprometimento. Assim, a mera elaboração de propósitos, objetivos e metas, sem o devido acompanhamento, a análise das distorções no alcance dos objetivos definidos e o compromisso de prestação de contas, não são reconhecidas como planejamento. Portanto, o planejamento, como processo, exige evolução permanente, integração e melhorias nos conceitos e nos procedimentos.

Acerca da opção pelo **planejamento estratégico** ou pelo **planejamento tático,** cumpre analisar as características que distinguem cada um deles. O planejamento estratégico é tudo aquilo que afeta a sobrevivência do órgão/entidade, ou a sua natureza, ou, ainda, tudo aquilo que norteará as ações em longo prazo. Por sua vez, o tático é bem mais abrangente do que se espera de um planejamento meramente operacional, compreendendo um período mais extenso, sem, no entanto, se ocupar dos riscos da organização, pois "seu desenvolvimento se dá pelos níveis organizacionais intermediários, tendo como objetivo a utilização eficiente dos recursos disponíveis com projeção em médio prazo". Nessa linha de raciocínio, o planejamento de quatro anos pode ser tanto estratégico quanto tático, dependendo do que se pretende fazer durante o período.

Comumente, tem sido chamado de estratégico todo processo de planejamento que transcende e orienta o planejamento operacional. Assim como também é considerado estratégico, todo planejamento que pratica o SWOT (iniciais das palavras inglesas *Strenghts* (forças), *Weaknesses* (fraquezas), *Opportunities* (oportunidades) e *Threats* (ameaças), sendo esses os pontos a serem analisados, especialmente em relação às ações que se pretende implementar. Essa atividade requer a identificação de variáveis, de baixa governabilidade, tanto internas quanto externas. Por tais razões, muitas organizações desistem de planejar estrategicamente e fazer planos anuais ou mesmo quadrienais, não levando em conta aquelas variáveis.

Em vista de os mandatos governamentais serem de quatro anos, o planejamento quadrienal tende a ter consequências estratégicas, ao menos, para o governo, em face do que representa o conjunto de ações necessárias para viabilizar suas propostas para o período.

8.3. FASES, CRONOGRAMA E AGENDA

8.3.1. Fases

8.3.1.1. Fase Conceitual

Na fase conceitual, são estabelecidas ou confirmadas a Missão, a Visão de Futuro, as Diretrizes e os Objetivos Estratégicos.

8.3.1.2. Fase Operacional

A fase operacional possui etapas bem distintas, a saber: 1. Estabelecer as metas, as ações e as etapas; 2. Registrar as metas, as ações e as etapas a serem alcançadas e desenvolvidas; 3. Executar as ações; 4. Controlar as ações realizadas e as metas alcançadas, e 5. Ajustar os procedimentos.

1. O estabelecimento das metas, das ações e das etapas com clareza é pressuposto do planejamento e é o que dará suporte à fase conceitual.

2. O registro das metas, das ações e das etapas a serem alcançadas e desenvolvidas é como a certidão de nascimento do planejamento e será a memória do que foi decidido.

3. A execução das ações corresponde ao plano colocado em prática.

4. O controle das ações realizadas e das metas alcançadas e sua comparação com a previsão, para fins de ajuste de procedimentos, correspondem ao registro do que é efetivamente realizado, na periodicidade prevista, com a análise do sucesso ou do insucesso em relação ao previsto.

5. O ajuste de procedimentos é indispensável tanto para rever prazos e etapas do planejamento mal dimensionados quanto para mudar comportamentos com o fim de atingir o que foi planejado.

Tendo em vista que a Administração é contínua, evidentemente que essas fases ocorrem simultaneamente, só que em ciclos de planejamento diferentes. Exemplificando, ao mesmo tempo em que a organização elabora as metas para o ano seguinte também realiza as metas do ano e efetua o seu controle.

8.3.2 Cronograma

O planejamento ocorre por ciclos, e há ao menos dois tipos: o ciclo quadrienal, representado pelo planejamento estratégico e pelo Plano Plurianual, e o ciclo anual, representado pelo planejamento operacional (tático) e pelo Orçamento Anual.

A linha cronológica do planejamento é a seguinte: o planejamento estratégico será a base do Plano Plurianual e da Lei de Diretrizes Orçamentárias e o planejamento operacional será a base do Orçamento Anual.

Pode-se considerar o seguinte cronograma para elaboração dos referidos planos:

1. Planejamento quadrienal ou estratégico: elaboração de janeiro a abril do primeiro ano de mandato, valendo para os próximos quatro anos.

2. Plano Plurianual: elaboração em maio e junho do primeiro ano de mandato, valendo para os próximos quatro anos.

3. Planejamento operacional: elaboração em junho e julho, valendo para o ano seguinte.

4. Orçamento Anual: elaboração em agosto, valendo para o ano seguinte.

8.3.3 Agenda

A agenda do ciclo completo do planejamento pode ser identificada de acordo com a seguinte tabela, cabendo adaptações conforme as necessidades do órgão/entidade.

Primeiro ano de mandato													
Atividade	Responsável	J	F	M	A	M	J	J	A	S	O	N	D
Definições Técnicas do Processo de Planejamento.	Equipe de Planejamento	X											
Definição de Missão, Visão, Diretrizes Estratégicas, Propósitos, Objetivos.	Equipe Diretiva		X										

Definição das Metas e Ações.	Departamentos				X	X							
Aprovação das Metas, Ações e Recursos necessários	Equipe Diretiva e demais interessados					X							
Elaboração do Plano Plurianual (1)	Equipe Diretiva e participação popular (2)				X	X							
Ajustes das Metas e Ações ao Plano Plurianual	Departamentos						X						
Elaboração da LDO (3)	Equipe Diretiva e demais interessados							X					
Elaboração e Aprovação da Proposta Orçamentária (4)	Equipe Diretiva e demais interessados								X	X	X		
Ajustes das Metas e Ações à Lei Orçamentária	Equipe Diretiva e demais interessados											X	
Registro das Metas e Ações do ano seguinte no Sistema de Acompanhamento e Controle.	Departamentos											X	X
Demais anos													
Atividade	Responsável	J	F	M	A	M	J	J	A	S	O	N	D
Revisão de Propósitos e Objetivos.	Equipe Diretiva e demais interessados				X								

Definição das Metas e Ações.	Departamentos					X	X						
Aprovação das Metas, Ações e Recursos necessários	Equipe Diretiva e demais interessados						X	X					
Elaboração da LDO (3)	Equipe Diretiva e demais interessados							X					
Elaboração e Aprovação da Proposta Orçamentária (4)	Equipe Diretiva e demais interessados								X	X	X		
Ajustes das Metas e Ações à Lei Orçamentária	Equipe Diretiva e demais interessados											X	
Registro das Metas e Ações do ano seguinte no Sistema de Acompanhamento e Controle.	Departamentos											X	X

1, *3* e *4* Naquilo que lhe competir, conforme orientações da Secretaria de Planejamento, Gestão e Participação Cidadã – SEPLAG.

2 Na Administração Pública Estadual, conforme Consulta Popular, COREDEs e COMUDEs.

8.4 RECURSOS, EQUIPE E SISTEMAS DE SUPORTE

É indispensável que o planejamento seja sistemático, tenha metodologia conhecida, seja registrado e acessível a todos os interessados. O estabelecimento de metas requer que sejam levados em conta os meios para sua realização, especialmente os referentes a recursos humanos, financeiros, materiais e técnicos em geral. Também é indispensável o cuidado na elaboração do cronograma de realização, evitando que sejam estabelecidas prioridades além do tempo disponível para realizá-las.

Para as atividades do ciclo de planejamento, pessoas e recursos materiais, conceituais e financeiros devem ser alocados; portanto, para que o planejamento seja uma ferramenta eficaz é necessário investir nele tempo e recursos. O levantamento e o registro dos elementos limitadores para a realização das ações e o alcance das metas também é indispensável, evitando que o sentimento de frustração ofusque o otimismo inicial, por dificuldades não adequadamente identificadas.

Assim, para verificar se as metas e as ações são factíveis, é necessário estimar *a priori* os seguintes meios:

1. Recursos humanos devidamente qualificados, suficientes para levar a efeito as ações previstas.

2. Existência de recursos orçamentários e financeiros disponíveis e adequados para as ações previstas.

3. Dimensionamento correto dos prazos para a realização das ações previstas, inclusive os das etapas.

4. Parceiros externos indispensáveis para a realização das ações e garantia de que eles têm condições de atender a demanda (parceiros externos podem ser outros órgãos, os fornecedores ou outras esferas de governo).

5. No caso de insuficiência de recursos humanos, previsão para complementação do contingente de servidores, em quantidade e no prazo adequados, para que as ações específicas aconteçam.

Os planos do órgão/entidade devem ser registrados e controlados, de preferência em sistema informatizado, criado para tal fim e com funcionamento em rede, para que toda a organização, segundo níveis estabelecidos, tenha acesso a eles, podendo acompanhá-los. Não sendo possível o registro em sistema, todos os responsáveis por metas, ações ou etapas devem reportar-se ao coordenador do planejamento, informando -o das atividades realizadas, com o objetivo de, periodicamente, consolidar essas informações e permitir que sejam acompanhadas por todos os interessados no foro e no local adequados. Na falta de um sistema informatizado, é possível o uso de planilhas Excel ou de arquivos em Word e sua transmissão para o coordenador via internet ou por meio de outras mídias digitais (disquete, CD, DVD, *pen drive*).

É essencial a designação de uma equipe responsável pela coordenação do processo, pelo controle das agendas, pela preparação das reuniões, pelo gerenciamento do sistema de registro e pelo acompanhamento dos resultados e das dificuldades, bem como seu compartilhamento entre todos os que participam do processo decisório e de execução. Em vista de essa função requerer conhecimentos específicos, faz-se necessário ter, no mínimo, uma pessoa na equipe com pleno domínio da técnica de planejamento adotada, para que ela possa liderar o processo e, posteriormente, mediante capacitação interna, difundir a metodologia, visando a todos os interessados.

A equipe de planejamento não requer, necessariamente, dedicação exclusiva, devendo ser dimensionada de acordo com as necessidades e características do órgão/entidade.

8.5 PARTICIPAÇÃO

Na elaboração do planejamento, é indispensável a participação dos departamentos, das divisões, das seções e dos servidores responsáveis pelos principais processos e conhecedores das atividades do órgão/ entidade.

O volume de pessoas participantes da elaboração do planejamento depende do grau de desenvolvimento gerencial do órgão/entidade quanto a esse processo. Grupos pequenos correm o risco de não ser representativos e cometer erros de avaliação a respeito do que é importante incluir no planejamento, ao passo que grupos grandes arriscam-se a ter pouco controle sobre as ideias, tornar-se improdutivos ou perder o foco em relação a temas relevantes. A elaboração de propostas pelas diversas áreas, posteriormente validadas pela Equipe Diretiva após defesa pelos representantes de cada uma delas, é o modelo utilizado na SEFAZ/RS.

Os projetos específicos integram o contexto do planejamento operacional (tático) e do quadrienal ou estratégico. Por exemplo, um bom projeto de construção de uma hidrelétrica poderá estar inserido no planejamento anual da secretaria ou da empresa e no planejamento estratégico, sendo possível, até mesmo, ter um prazo de conclusão superior tanto ao do planejamento operacional quanto ao do quadrienal.

Qualquer atividade de planejamento exige a identificação dos seguintes elementos: *O que será feito? Qual a justificativa? Quem fará ou será o responsável pela realização de cada etapa? Quais são os prazos de início e fim? Como será feito? Quanto custará* (constando a identificação das fontes e a elaboração dos cronogramas de desembolso)? e *Onde será feito?*

Considerando que o Orçamento Anual é representado por projetos/atividades, torna-se necessário que estes tenham conexão com o planejamento operacional, o que requer cuidados especiais na forma de elaborar a proposta. Isso decorre de dois fatos: 1. o planejamento operacional desce a níveis de detalhamento impossíveis de serem atingidos com o Orçamento Anual; 2. o Orçamento Anual trata como atividade todas as despesas de caráter continuado, a exemplo dos salários, enquanto, no planejamento operacional, a força de trabalho é alocada tanto em projetos quanto em atividades, ou nas duas ao mesmo tempo. Em face disso, é necessário manter registros de planejamento tão bem organizados que seja possível demonstrar a relação causal entre os valores previstos para as ações do planejamento operacional e os projetos/atividades do Orçamento Anual.

O método de planejamento a ser adotado dependerá da cultura da organização ou da concepção do responsável pela condução do processo. O nível de detalhamento do planejamento deve ser suficiente para que todos entendam se as ações estão adequadamente desenvolvidas e se as metas poderão ser alcançadas. Excessivo detalhamento torna o planejamento burocrático; por outro lado, nenhum detalhamento torna o planejamento tão amplo que acaba por ser de pouca praticidade. Ao longo do tempo, pelo desenvolvimento da cultura do planejamento na organização, o grupo apreenderá qual deverá ser o nível de detalhamento adequado.

A adequação do plano à capacidade de realização pelo órgão/entidade é requisito básico, pois um plano muito arrojado poderá gerar turbulência, causando estresse e sensação de incapacidade aos colaboradores, o que prejudicará todo o projeto, e um plano muito limitado, aquém da capacidade da organização, poderá gerar má impressão e ocasionar sensação de vazio e de inutilidade.

8.6 DEFINIÇÃO DE METAS, AÇÕES E ETAPAS

8.6.1 Metas

A concatenação das metas com os objetivos e destes com os propósitos é fundamental; além disso, toda meta requer sua vinculação a um quantitativo. Metas não associadas a uma quantidade acabam sendo confundidas com ações, o que contribui para a dificuldade em sua elaboração e indica que as ideias sobre o que fazer não foram suficientemente esclarecidas.

Para o órgão/entidade obter um bom domínio do resultado desejado, é necessário o estabelecimento de metas e a identificação das ações a elas correspondentes; portanto, as metas representam o resultado final das ações, não podendo ser com estas confundidas, inclusive porque não apresentam movimento. Por exemplo, quando o presidente norte-americano John F. Kennedy, na década de 1960, estabeleceu como meta levar um homem à lua e trazê-lo de volta, saudável e a salvo, muitas ações foram necessárias para que aquela grandiosa meta fosse atingida. Para tanto, as ações requereram muitas etapas, que, por sua vez, requereram muitas atividades e estas, muitas tarefas, as quais, possivelmente, tenham sido divididas em inumeráveis procedimentos.

O conjunto das metas e ações deve, necessariamente, representar a organização, ou seja, deve ser possível conhecer a organização por meio da leitura do conjunto de metas e ações.

8.6.1.1 Quantitativos de Metas

É fácil incorrer em erros conceituais no estabelecimento de quantitativos. Os erros mais comuns decorrem da confusão entre indicadores de resultado e quantitativos de metas. Esse tipo de erro resulta do uso de modelos de planejamento próprios da iniciativa privada, que privilegia o estabelecimento de metas intimamente ligadas ao resultado. No entanto, na Administração Pública, os resultados alcançados não ocorrem de forma direta e proporcional ao alcance das metas, por isso, sugere-se separar os indicadores de resultado dos quantitativos de metas.

Para melhor esclarecer o acima exposto, são apresentados, a seguir, conceitos e exemplos.

Definição de metas - Para uma apropriada definição de metas, as exigências são: descrição adequada; indicador quantitativo; prazo de realização; indicação do responsável ou dos responsáveis; ações vinculadas; objetivos estratégicos a serem atendidos.

Indicadores de resultados - Esses indicadores estão vinculados aos propósitos ou aos objetivos, os quais, por sua vez e em geral, estão relacionados aos Programas de Governo constantes no Plano Plurianual. Eles indicam uma mudança de realidade e não são obtidos diretamente, mas sim como consequência de diversas ações realizadas. Esses indicadores, por terem grande amplitude, são difíceis de conceber, de calcular e de medir. Em vista disso, é recomendável que a organização tenha poucos, porém representativos, indicadores da realidade que pretende mudar.

São exemplos de indicadores de resultados: percentual de analfabetismo; percentual de aprovação escolar; percentual de homicídios; percentual de reincidência de ex-apenados; expectativa de vida ao nascer; percentual de mortalidade infantil; índice de doenças decorrentes da falta de saneamento básico; quantidade de casos relatados de dengue em determinada região.

Pelos exemplos apresentados, observa-se que os indicadores de resultados dependem de vários fatores, e são, na maioria das vezes, externos à organização, inclusive ao Estado, *stricto sensu*, os quais, porém, se pretende alterar com as ações realizadas pelo órgão/entidade ou por vários órgãos/entidades em regime de mútua colaboração.

Metas com quantitativos - Os índices quantitativos das metas revelam o que o órgão/entidade se propõe a realizar, devendo ser objetivos e numéricos. Parece uma obviedade, mas estabelecer os enunciados das metas e seus quantitativos não é uma tarefa fácil, pois tão importante quanto estabelecer um número coerente e alcançável é saber reconhecer uma forma confiável e eficaz de medir o seu alcance.

Os quantitativos de metas podem ser divididos em dois grupos: os de esforço e os de resultado. Os de esforço dependem, praticamente, apenas da força de trabalho da organização, daquilo que pode ser feito diretamente, enquanto os de resultado dependem de fatores mais amplos. Nada impede, entretanto, que o órgão/entidade use um ou outro tipo de enunciado ou ambos os tipos. Ressalve-se que não se deve confundir quantitativo de resultado para metas com indicadores de resultados.

São exemplos de metas de esforço: construir 800 km de rede de energia elétrica na região "X", até a data "Y"; construir três estações de tratamento de esgotos na cidade "X" , até a data "Y"; vacinar pelo menos 100.000 pessoas contra a doença "X", até a data "Y".

Nos exemplos descritos, as metas são bem fáceis de serem entendidas, no entanto, tomando-as por base, não se pode inferir a amplitude dos efeitos sociais decorrentes do seu alcance. Elas mostram o que a organização está fazendo, mas não demonstram, por si só, a sua efetividade.

São exemplos de metas de resultado: dotar 80% das famílias com energia elétrica, até a data "X"; obter 80% de tratamento dos esgotos para a região "X", até a data "Y"; atingir 95% de cobertura de vacinação contra a doença "X", até a data "Y".

Nos exemplos descritos, o alcance das metas depende de uma série de ações sobre as quais a organização possui grande protagonismo, e se percebe que a meta de resultados tende a ser mais difícil de alcançar do que a meta de esforço por se tratar de situação mais complexa. Ressalve-se, novamente, que esses quantificativos não se confundem com indicadores de resultados, embora contribuam para sua melhoria, como se pode depreender.

Metas sem quantitativos - Também há metas sem quantitativos, as quais possuem apenas data prevista para conclusão. Em geral, essas metas não apresentam clareza e se referem tanto a esforço como a resultado, mas, na maioria das vezes, indicam esforço e refletem mais as necessidades internas da organização do que o cumprimento dos objetivos institucionais.

São exemplos de metas sem quantitativos: concluir a revisão dos processos pendentes, até a data "X"; identificar a carência de pessoal nas diversas unidades do órgão/entidade, até a data "X"; realizar a manutenção dos veículos da frota, até a data "X".

Nos mencionados exemplos, embora as pessoas da organização saibam exatamente do que se trata, será muito difícil acompanhar seu andamento. Se a criação de metas desse tipo for inevitável, o adequado detalhamento das ações e das etapas será indispensável para se poder acompanhar a sua realização e garantir o alcance da meta.

8.6.2 Ações

Uma ação pode contribuir para atingir várias metas, portanto, ela pode ser vinculada a tantas quanto forem necessárias, assim como uma meta pode requerer várias ações para ser alcançada. Isto é, é possível haver mais de uma ação para atingir somente uma meta, ao mesmo tempo em que mais de uma meta pode ser alcançada mediante a contribuição de apenas uma ação. Ou seja, embora comumente se relacione uma ação a uma meta, não é obrigatória a correspondência uma por uma, tanto de ações para metas quanto destas para aquelas.

Por representarem uma atividade humana, as ações requerem que lhes sejam alocados recursos financeiros e materiais. Consequentemente, todas as ações a serem desenvolvidas pelo órgão/entidade precisarão ter uma estimativa de custo, tanto de pessoal quanto de investimentos e de outras despesas gerais.

Definição de ação – Para uma adequada definição de ação, as exigências são: descrição apropriada; prazo de realização; custo da ação; cronograma financeiro; indicação do responsável ou dos responsáveis;

vinculação à meta. Além dessas, podem ser agregadas as seguintes: equipe necessária, local, parceiros, pontos críticos e ações corretivas.

Essa previsão será a base da demanda para o Plano Plurianual e para o Orçamento Anual. Por esse aspecto, verifica-se a importância do planejamento eficiente, pois, na eventualidade de ocorrer insuficiência de recursos orçamentários, sempre será possível argumentar com o centro do Governo, ou este com a Assembleia Legislativa, quais ações deixarão de ser feitas em face da falta de recursos. Isso significa que a base da demanda do Orçamento Anual ampara-se em um planejamento anteriormente efetuado, cujos recursos estão discriminados ação por ação. Logo, havendo insuficiência de recursos, o gestor saberá, com facilidade, qual ação poderá ser reduzida ou até mesmo adiada se tiver elaborado a proposta do Orçamento Anual com suporte no orçamento operacional.

A ação deve contribuir decisivamente para o sucesso de uma meta, mesmo que de forma indireta. Para tanto, quanto mais bem concebida for a ação, mais facilmente a meta será atingida. Supondo que se queira, na função Saneamento, mudar o indicador-exemplo "Índice de doenças decorrentes da falta de saneamento básico", podem-se estabelecer metas como: construir três estações de tratamento de esgotos na região "X, até a data "Y"; obter 50% de tratamento dos esgotos para a região "X", até a data "Y".

Evidentemente que, para se atingirem tais metas, muitas ações deverão ser levadas a efeito e, dentre elas, citam-se, a exemplo, as seguintes: identificar áreas para aquisição ou desapropriação, até a data "X"; adquirir essas áreas, até a data "X"; licitar e contratar projeto de engenharia, até a data "X"; licitar e contratar projeto de impacto ambiental, até a data "X"; licenciar os projetos, até a data "X"; licitar e contratar a construção, até a data "X"; fiscalizar a construção das unidades de tratamento, até a data "X"; elaborar concurso para suprir as estações de pessoal, até a data "X".

Observa-se que todas as ações estão diretamente relacionadas com a sua meta, portanto, se forem suficientes e concluídas, a tendência é de que a meta seja atingida. Sempre é recomendável que se estabeleça um número restrito de ações por meta, pois essas requererão também, cada uma delas, muitas etapas, o que poderá tornar o acompanhamento do planejamento um pouco árduo e burocrático. Não se pode limitar, entretanto, aquilo que, pela sua natureza, deve ser detalhado.

8.6.3 Etapas

As etapas seguem a mesma linha das ações; ou seja, devem ser descritos todos os passos importantes para a consecução da ação.

Tomando-se a ação-exemplo: *"3. Licitar e contratar projeto de engenharia, até a data 'X'"*, poderiam ser elaboradas várias etapas, conforme se exemplifica a seguir:

1. Estabelecer o objeto do contrato
2. Abrir o processo
3. Obter as autorizações e aprovações necessárias
4. Publicar os editais
5. Proceder à licitação
6. Elaborar o contrato e demais trâmites
7. Efetuar a contratação e autorizar a elaboração do projeto.

Assim, chega-se a um grau de detalhamento bem razoável em que se percebe que poderá haver domínio sobre o andamento das atividades, desde que devidamente registradas e comparadas com o previsto, o que se torna um poderoso instrumento gerencial.

8.7 PROCEDIMENTOS MÍNIMOS SUGERIDOS

Planejamento quadrienal (primeiro quadrimestre do primeiro ano de mandato).

– Definição da Missão e da Visão
– Definição de propósitos e objetivos
– Definição dos Projetos que atenderão aos objetivos

Plano Plurianual (elaboração entre maio e junho do primeiro ano de mandato)

– Programas de Governo e indicadores
– Definição das ações e metas (com base nos propósitos e objetivos do planejamento quadrienal)

Planejamento anual operacional (elaboração em junho e julho, valendo para o ano seguinte)
- Definição das metas para o ano seguinte
- Definição das ações necessárias para o alcance das metas
- Apuração do custo e demais meios para a realização das ações
- Definição das etapas

Orçamento Anual (elaboração em agosto, valendo para o ano seguinte)
- Projetos/atividades, com base nas ações estabelecidas no planejamento operacional.

8.8 CONTROLE

O planejamento requer meios adequados e suficientes para sua elaboração e registro da previsão e da realização, preferencialmente em formato *web*, indelével, de sorte que todos os envolvidos na organização possam visualizá-lo e acompanhá-lo em rede, com o fim de retomar o que foi previsto e cotejá-lo com o realizado, evidenciando o *status* dos prazos e da qualidade previstos.

Um controle eficiente requer um bom sistema de registro e acompanhamento de todo o planejamento. A partir disso será possível fazer-se o resgate da informação mantendo-se atualizados tais registros, bem como inteirar-se de alterações na conclusão das etapas e das ações visando ao alcance das metas. Este sistema também deverá permitir que todos conheçam os responsáveis pelas etapas, ações ou metas e acessar informações sobre eles.

9. DESPESA PÚBLICA

Sumário: 9.1 Definição e Considerações Gerais - **9.2** Legislação - **9.3** Classificação - **9.3.1** Quanto à Regularidade - **9.3.2** Quanto ao Impacto Patrimonial - **9.3.3** Quanto à Discricionaridade - **9.3.4** Quanto à Natureza - **9.4** Etapas da Despesa Orçamentária - **9.4.1** Planejamento - **9.4.2** Execução - **9.4.3** Controle e Avaliação.

9.1 DEFINIÇÃO E CONSIDERAÇÕES GERAIS

Do ponto de vista contábil, a despesa pública pode ser considerada sob o enfoque patrimonial ou orçamentário.

Sob o enfoque patrimonial, a despesa é um termo utilizado pela contabilidade para evidenciar a variação negativa da situação líquida patrimonial resultante do aumento de passivos ou da redução de ativos de uma entidade. Nessa perspectiva, a despesa pode ocorrer mesmo sem o desembolso de recursos financeiros, como é o caso da depreciação, por exemplo, cujo reconhecimento é usual no setor privado (contabilidade comercial), mas que, no setor público vem sendo relegada a um plano secundário. Com a edição do Decreto Federal nº 6.976, de 07 de outubro de 2009 fica consolidado o processo de convergência às Normas Internacionais bem como a harmonização entre os procedimentos adotados pela Secretaria do Tesouro Nacional e as Normas Brasileiras de Contabilidade Aplicadas ao Setor Público. Esse fato representa um grande avanço para o Sistema de Contabilidade Nacional, pois objetiva:

- promover a padronização e consolidação das contas nacionais;
- buscar a convergência aos padrões internacionais de contabilidade, respeitados os aspectos formais e conceituais estabelecidos na legislação vigente;
- viabilizar o acompanhamento contínuo das normas contábeis aplicadas ao setor público, de modo a garantir que os princípios fundamentais de contabilidade sejam respeitados no âmbito do setor público; e
- definir que, além do registro dos fatos ligados à execução orçamentária, devem-se evidenciar os fatos ligados à execução financeira e patrimonial, permitindo que por meio das informações contábeis se conheça a composição patrimonial bem como os resultados econômicos e financeiros de determinado exercício.

Já sob o enfoque orçamentário, a despesa implica a redução da situação líquida financeira, em tese, quer mediante a redução do ativo financeiro, quer pelo aumento do passivo financeiro. Em termos práticos, a despesa orçamentária, pela sua natureza essencialmente financeira, implicará a redução do ativo financeiro em razão do seu pagamento, que não ocorre, como regra, no momento em que a despesa é realizada, considerando-se como tal a fase da liquidação, quando é reconhecido o direito líquido e certo do credor. Por isso, o compromisso referente ao pagamento da despesa é contabilmente reconhecido, primeiramente, no passivo financeiro, sob o título de *despesa do exercício a pagar,* e, posteriormente, no ativo financeiro, quando, mediante a utilização de recursos financeiros nele registrados, esse passivo é pago.

Neste capítulo, discorrer-se-á sobre despesa pública, considerando o seu enfoque orçamentário.

Conceitualmente, a despesa pública é o dispêndio de um órgão ou de uma entidade, devidamente autorizado em lei e ordenado por autoridade ou agente público competente, sendo realizado com o objetivo de executar serviços públicos que competem a essas instituições e garantir o seu regular funcionamento. Em outras palavras, a despesa pública é o meio indispensável para que o ente público possa cumprir com os seus fins, de acordo com as suas possibilidades financeiras e na medida da capacidade contributiva dos cidadãos, na condição de responsáveis pelo recolhimento de tributos.

De outra parte, para a realização de uma despesa pública, são exigidos determinados requisitos, essenciais para a sua validade, os quais se relacionam ao cumprimento de princípios aplicáveis à Administração Pública, bem como a pressupostos de validade do ato administrativo. Em linhas gerais, a despesa pública deve observar os seguintes princípios:

Legalidade – O emprego dos recursos públicos deve ocorrer em estrita obediência à autorização legislativa (Lei). Assim, por exemplo, somente poderá ser realizada uma despesa quando houver previsão na Lei Orçamentária.

Legitimidade – A ordem para a realização do gasto do recurso público deve ser efetuada por autoridade ou agente público competente. Desse modo, a autoridade que ordenar/autorizar a realização da despesa deve ser aquela que, por lei ou regulamento, tiver a competência para tanto.

Oportunidade – O gestor, diante das múltiplas necessidades públicas a serem satisfeitas, deve fazer a escolha pelo atendimento daquela que for considerada mais urgente ou prioritária.

Publicidade – O emprego dos recursos públicos deve ser decidido e executado por meio de processos abertos e transparentes. Nesses moldes, os processos administrativos de execução da despesa não podem ser sigilosos, devendo o seu acesso ser permitido aos órgãos de controle interno e externo e ao cidadão interessado.

Utilidade – A utilização do recurso público deve ter por finalidade a satisfação das necessidades públicas, ou seja, deve buscar, invariavelmente, o resguardo e a preponderância do interesse público. Assim, a despesa obriga-se a ter como objetivo atender ao interesse coletivo e não a um interesse meramente privado.

9.2 LEGISLAÇÃO

- Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988
- Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964
- Lei Complementar Federal nº 101, de 04 de maio de 2000.
- Lei Federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011

9.3 CLASSIFICAÇÃO

A despesa pública pode ser classificada ou analisada sob diversos enfoques, alguns de natureza conceitual ou doutrinária ou, ainda, gerencial e outros por força de dispositivos legais.

9.3.1 Quanto à Regularidade

Despesa ordinária – É realizada constantemente tendo em vista a manutenção dos serviços públicos, tais como: despesas com pessoal, dívida pública, custeio.

Despesa extraordinária – É executada quando ocorre um fato imprevisível, obrigando o Estado a adotar medidas urgentes, como, por exemplo, gastos motivados por guerra, para atender casos de calamidade pública (enchente, furacão etc.).

9.3.2 Quanto ao Impacto Patrimonial

Efetiva – Ocorre quando a despesa reduz a situação líquida patrimonial da entidade. Em geral, as despesas correntes, como pessoal, custeio e juros da dívida, costumam ser efetivas, embora não se possa dizer que isso ocorra em 100% dos casos.

Não efetiva (ou de mutação) – É a despesa que não altera a situação líquida patrimonial da entidade, pois a alteração produzida por ela no patrimônio financeiro é contrabalançada pelo seu reflexo (mutação) no patrimônio permanente. Essas despesas costumam estar relacionadas a despesas de capital, tais como a amortização da dívida pública e a aquisição de bens incorporados ao patrimônio permanente da entidade. É preciso ter presente, no entanto, que existem despesas de capital de caráter efetivo, como as transferências de capital e a realização de obras públicas relacionadas com bens de uso comum do povo (praças, ruas, estradas etc.), os quais, atualmente, não são registrados no patrimônio dos entes públicos.

9.3.3 Quanto à Discricionariedade

Não discricionária (ou de baixa discricionariedade) – São as despesas de caráter obrigatório, não estando condicionada à vontade do ordenador a decisão de deixar de fazê-la na época própria. Em geral, tal de-

finição refere-se àquelas despesas que decorrem de uma obrigação de natureza contínua, surgida por força de imposição legal ou de um ato administrativo precedente (contrato, por exemplo). São exemplos de despesas de caráter compulsório as relativas à remuneração de pessoal, ao serviço da dívida pública e ao fornecimento de bens e serviços contínuos, tais como energia elétrica, água, telefone etc.

Para que essas despesas percam o caráter compulsório, é necessário, previamente, revogar o dispositivo legal ou *desfazer* o ato administrativo que tornou obrigatória a sua realização. Assim, por exemplo, se o ordenador não quiser mais ordenar a despesa com energia elétrica do órgão ou da entidade que lhe compete, deverá, antes, solicitar a suspensão do seu fornecimento. Enquanto não o fizer, estará obrigado a providenciar o empenhamento dessa despesa, sob pena de incorrer na realização de despesa sem prévio empenho ou ser responsabilizado pelos encargos com que o Estado venha a ser penalizado em função do atraso no seu pagamento. Para facilitar o gerenciamento das despesas de baixa discricionariedade, especialmente as referentes a energia elétrica, água e telefone, está em processo de implantação o sistema Integração – Estado – Fornecedor (IEF), por meio do qual o fornecedor lança diretamente no sistema Finanças Públicas do Estado – FPE os dados do seu faturamento contra o órgão ou a entidade estadual, de modo a facilitar o empenho e a liquidação da despesa.

Discricionária (ou de alta ou média discricionariedade) – É a despesa para cuja realização o ordenador possui relativa autonomia, seja quanto à sua efetivação, seja com relação ao momento de fazê-la. Diz-se que essa autonomia é relativa porque, quando o ordenador decide não realizar uma determinada despesa (ou postergá-la), deve estar ciente das consequências de sua decisão para, por exemplo, a execução do programa de governo, cuja realização lhe foi atribuída, ou para eficácia ou eficiência dos serviços públicos que lhe cabem administrar.

Às vezes, o ordenador é compelido a decidir quais despesas não vai realizar (ou quais deve adiar) em razão de políticas de contingenciamento ou corte de gastos. Por outro lado, é bom deixar claro que a discricionariedade concedida ao gestor não o desobriga de observar os princípios mencionados no início deste capitulo e de cumprir os demais requisitos legais atinentes à despesa pública, como, por exemplo, os dispositivos constantes nos artigos 16 e 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, no que couber, os quais estão abordados em capítulo específico deste Manual.

É preciso esclarecer, ainda, que essa classificação é meramente referencial, pois o grau de discricionariedade do gestor varia desde a ausência absoluta de decisão quanto à realização da despesa, como nos casos do serviço da dívida e das Requisições de Pequeno Valor – RPV que, se não forem pagas pelo processo regular, o serão mediante retenção de receitas (execução de garantias) ou sequestro de valores das contas bancárias, até os casos em que o gestor poderá receber elogios por ter economizado recursos para o Estado ao deixar de fazer determinada despesa.

9.3.4 Quanto à Natureza

Despesa extraorçamentária – É a despesa cuja realização não depende de autorização legislativa, ou seja, não integra o orçamento público. Compreende, em regra, a devolução de valores recebidos anteriormente, os quais, na oportunidade, constituíram receitas extraorçamentárias. Sob esse enfoque, são exemplos de despesas extraorçamentárias: a restituição de depósitos e cauções, o pagamento de consignações, retenções e restos a pagar e o resgate de operações de crédito por antecipação de receita orçamentária (o principal dos empréstimos ARO). Também são consideradas despesas extraorçamentarias as saídas de disponibilidades registradas em contas do Ativo Financeiro Realizável. Quando registrados na conta Responsáveis, esses desembolsos extraorçamentarios são considerados irregulares, podendo sujeitar o gestor que não providenciar a sua regularização a apontamento pelo controle interno e julgamento pelo controle externo.

Despesa orçamentária – É o conjunto dos gastos públicos autorizados por meio do orçamento ou de créditos adicionais, o que faz com que a despesa orçamentária não possa ser realizada sem a existência de crédito orçamentário que corresponda a ela suficientemente.

A despesa orçamentária está sujeita às classificações e à codificação tratadas no capítulo Orçamento Público, constante deste Manual.

Essas classificações da despesa orçamentária são de grande importância para a compreensão da execução do orçamento, sendo utilizadas para facilitar e padronizar as informações, e estão presentes nos diversos sistemas de processamento de dados integrantes do sistema Finanças Públicas do Estado – FPE. Por meio

dessas classificações, é possível visualizar o orçamento e a sua execução por Poder, por função de Governo, por subfunção, por programa e por categoria econômica. Ademais, é com base na classificação da despesa orçamentária, nas suas diversas modalidades, que são elaborados os demonstrativos legais previstos nos vários anexos da Lei Federal nº 4.320/64. Além disso, dada a sua flexibilidade e possibilidade de combinações, serve de fonte para informações gerenciais.

9.4 ETAPAS DA DESPESA ORÇAMENTÁRIA

Segundo o *Manual de Contabilidade Aplicado ao Setor Público*, elaborado pela Secretaria do Tesouro Nacional – STN, são etapas da despesa pública: o planejamento, a execução e o controle e avaliação.

A STN considera a licitação/contratação da despesa como parte integrante do planejamento, mas há quem a considere como uma etapa distinta. Aliás, se for levado em conta que, nos casos de que trata o Decreto Estadual nº 44.874/2007, é exigida a realização de empenho prévio antes da assinatura do contrato ou convênio, não é de todo errado concebê-la como parte da etapa da execução.

9.4.1 Planejamento

O planejamento orçamentário, cuja iniciativa é sempre do Poder Executivo, compreende três instrumentos: o Plano Plurianual – PPA, a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO e a Lei Orçamentária Anual – LOA.

No PPA, são estabelecidas, por um período de quatro anos, as diretrizes, os objetivos e as metas da Administração Pública para as despesas de capital e para aquelas decorrentes de programas de duração continuada.

A LDO orienta a elaboração da Lei Orçamentária Anual, de forma a selecionar, dentre os programas incluídos no PPA, aqueles que terão prioridade na execução do orçamento subsequente, estabelecendo parâmetros necessários à alocação dos recursos, bem como ajustando as ações de governo às reais possibilidades de caixa do Tesouro do Estado.

A LOA autoriza as despesas do Governo de acordo com a previsão de arrecadação, visando a concretizar os objetivos e as metas propostas no PPA, segundo as diretrizes estabelecidas pela LDO. A referida autorização constitui o crédito orçamentário inicial, e as importâncias nele consignadas para atender a determinadas despesas são denominadas de dotação.

A LOA deve refletir, também, a participação popular na elaboração do orçamento, seja mediante consulta, que, no Estado, foi institucionalizada por meio da Lei Estadual nº 11.179, de 25 de junho de 1998, seja por meio de emendas apresentadas durante o processo de apreciação e discussão do orçamento na Assembleia Legislativa.

Uma vez aprovada a LOA, diz-se que ocorreu a **fixação da despesa**, ou seja, a autorização dada pelo Poder Legislativo para que as despesas constantes no orçamento sejam realizadas. A realização de despesas não autorizadas no orçamento, ainda que de natureza pública, configura-se grave irregularidade.

Durante o exercício financeiro, podem-se adicionar ou acrescer valores ao orçamento, quer como reforço das dotações existentes, quer como dotação destinada a atender a despesas decorrentes da criação de novos serviços, quer, ainda, em caráter urgente ou imprevisível. Essa autorização de despesas não computadas ou insuficientemente dotadas na Lei Orçamentária é o que se denomina de créditos adicionais. Por outro lado, se houver a necessidade de conter gastos, o Poder Executivo pode editar Decretos de Contingenciamento, fixando as despesas abaixo dos limites aprovados na Lei Orçamentária.

Uma vez fixada a despesa, esta poderá ser executada diretamente pelo órgão ou pela entidade aos quais foram alocadas as dotações orçamentárias ou por outro órgão ou, até mesmo, outra entidade, mediante a utilização de um recurso intitulado **descentralização de créditos orçamentários.** A descentralização de créditos orçamentários não implica modificação da classificação funcional dos programas, nem dos valores totais aprovados pela Lei Orçamentária Anual. No Estado do Rio Grande do Sul, a descentralização de créditos orçamentários é conhecida pelo nome de requisição de dotação e pressupõe dupla ordenação: a do gestor que concede a requisição e a do gestor que efetivamente executa a despesa.

Uma vez, porém, aprovada a despesa no orçamento, isto não quer dizer que ela possa ser imediatamente executada. A execução da despesa deve obedecer ao ritmo estabelecido pela **programação orça-**

mentária e financeira, que consiste na adequação do fluxo dos pagamentos ao fluxo dos recebimentos, limitando empenhos e movimentação financeira, com a finalidade de atingir os resultados previstos na LDO, e impedindo a assunção de compromissos sem respaldo financeiro. Em suma, a programação orçamentária e financeira objetiva adequar a execução das despesas ao ritmo de ingressos da receita que, como é sabido, ocorre ao longo do ano e é fortemente condicionado pelo contexto econômico em que atuam os contribuintes.

Esse processo pode ocorrer no nível *macro*, com a edição de decretos dispondo sobre a programação financeira e o cronograma mensal de desembolsos, bem como com a edição de resoluções das Juntas ou Comitês competentes fixando quotas trimestrais de despesas para os órgãos e as entidades do Poder Executivo. Já no nível *micro,* esse processo é representado por solicitação de recurso orçamentário e subsequente liberação.

O próprio gestor também deve fazer o seu planejamento com relação às despesas que estão sob sua jurisdição. Nesse sentido, é conveniente que estabeleça as prioridades do setor, cuja gestão lhe foi atribuída, em consonância com o planejamento estratégico do órgão ou da entidade a que pertence, o qual, por sua vez, também deve estar em consonância com os programas governamentais, em especial com aqueles considerados prioritários. A sugestão é que o acompanhamento das dotações seja feito periodicamente, utilizando-se os instrumentos disponíveis no FPE ou as planilhas Excel, alocando as dotações de acordo com o planejamento estratégico do setor, órgão ou entidade e definindo uma escala de prioridades para sua execução.

9.4.2 Execução

A rigor, uma despesa de caráter discricionário tem início quando é aberto um processo em que é solicitada a aquisição de materiais ou serviços necessários à execução de serviços públicos ou à manutenção do órgão ou da entidade. Antes de autorizar o seguimento do processo, o gestor deve certificar-se de que estão presentes os pressupostos mencionados no início deste capítulo.

Confirmados os pressupostos, é encaminhada a Solicitação de Recurso Orçamentário – SRO. Nesse ponto, é indispensável que a classificação orçamentária da despesa, em seus diversos aspectos, esteja definida, bem como o seu provável valor.

Uma vez atendida a SRO, o que também é conhecido como *liberação do recurso*, pode, então, o gestor efetuar os procedimentos administrativos destinados à escolha do fornecedor e à sua contratação. Nos respectivos capítulos deste Manual, estão explicitados os princípios, as leis e as demais normas que disciplinam a licitação e a contratação no âmbito da Administração Pública.

Assim**,** escolhido o fornecedor e estabelecidas as bases de sua contratação, o gestor, aí sim, poderá providenciar a execução orçamentária da despesa, mediante o empenho prévio, seguido da liquidação da despesa e encerrando com o seu pagamento.

Cumpre salientar que, como já referido, o empenho deve anteceder a assinatura do contrato, nos termos estabelecidos no Decreto Estadual nº 44.874/07. Conforme o artigo 1º desse Decreto, os contratos, convênios e demais ajustes com repercussão financeira só poderão ser firmados após o gravame do empenho à conta da respectiva dotação orçamentária, devendo a data e o número desse empenho constar na cláusula referente ao recurso financeiro dos respectivos instrumentos. Ademais, nos casos em que o instrumento de contrato é facultativo, a Lei Federal nº 8.666/93 permite a sua substituição pela nota de empenho.

Segundo o artigo 58 da Lei Federal nº 4.320/64, **empenho** é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição. O empenho inicia efetivamente a execução da despesa pública e é emitido pela unidade que tenha recebido créditos orçamentários consignados no orçamento ou por descentralização de créditos de outro órgão ou unidade orçamentária. Representa uma garantia para o fornecedor (não pode haver despesa sem prévio empenho) e, ao mesmo tempo, um controle dos gastos (o empenho não pode exceder o limite de dotação concedida). É formalizado mediante a emissão da nota de empenho, na qual devem constar o nome e a especificação do credor e a importância da despesa, bem como os demais dados necessários ao controle da execução orçamentária.

O empenho pode ser:

Ordinário – Aquele cujo valor do empenho é igual ao da compra ou serviço, e o pagamento, pelo seu total, ocorrer em uma única vez;

Por estimativa – Aquele em que não é possível determinar os valores das despesas com exatidão. Caso o valor estimado seja insuficiente para atender às despesas, admite-se a complementação do empenho por meio de reforço;

Global – Aquele cujo valor do empenho é conhecido com exatidão, mas a sua execução, necessariamente, ocorrer de forma parcelada, como acontece com os aluguéis e nas contratações de serviços contínuos (terceirização).

Cabe registrar que o empenho poderá ser anulado no decorrer do exercício, da seguinte forma: *parcialmente*, quando seu valor exceder o montante da despesa liquidada/realizada, e *totalmente*, quando o serviço contratado não tiver sido prestado e o material encomendado não tiver sido entregue ou quando a nota de empenho tiver sido emitida incorretamente. O valor do empenho anulado reverte-se à dotação, tornando-se disponível para um novo empenho ou para descentralização. Existe também a situação em que os empenhos não liquidados poderão ser objeto de cancelamento por falta de disponibilidade de caixa (financeira) no encerramento do exercício financeiro, conforme determinado em decretos governamentais editados, anualmente, ao final de cada exercício.

Segundo o artigo 63 da Lei Federal nº 4.320/64, a **liquidação** consiste na verificação do direito adquirido pelo credor, tendo por base os títulos e os documentos comprobatórios do respectivo crédito. Em resumo, na liquidação da despesa, verifica-se a ocorrência do implemento de condição a que se refere o artigo 58 da Lei Federal nº 4.320/64; ou seja, a liquidação tem o propósito de apurar a origem da despesa, se o seu objeto foi alcançado, o valor exato dela e a quem deve ser paga essa importância para extinguir a obrigação.

De acordo com o § 2º do artigo 63 da Lei Federal nº 4.320/64, a liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados deverá ter por base o contrato, ajuste ou acordo respectivo, a nota de empenho e os comprovantes da entrega do material e da prestação efetiva do serviço.

Este último aspecto – a comprovação da entrega do material e da prestação efetiva do serviço – merece uma atenção especial do gestor, pois costuma ser o *calcanhar de Aquiles* do processo de liquidação da despesa. A comprovação da entrega de material se dá, na maioria dos casos, mediante atestado aposto na nota fiscal pelo servidor que o receber. O atestado assim aposto, que deve trazer o nome completo do servidor que o firmar e a sua identidade funcional, não significa apenas que o material tenha sido recebido, mas – sim – que o foi na quantidade solicitada e está de acordo com as especificações previstas no contrato. Já, com relação aos serviços, o atestado é feito pelos chamados "fiscais do contrato": servidores designados por portaria do dirigente máximo do órgão ou da entidade para acompanhar a execução do contrato no âmbito de sua repartição. É muito importante que o gestor oriente adequadamente os servidores encarregados de atestar a execução da despesa, por exemplo, fornecendo-lhes, previamente, cópia do instrumento do contrato e/ou do empenho, de modo a lhes permitir confrontá-los com os bens ou serviços efetivamente recebidos.

O **pagamento** é o último estágio da despesa pública. Nos termos do artigo 64 da Lei Federal nº 4320/64, caracteriza-se pelo despacho de autoridade competente determinando que a despesa liquidada seja paga. O pagamento da despesa, quando ordenado após sua regular liquidação, pode ser efetuado pela tesouraria, por estabelecimento bancário e, excepcionalmente, por adiantamento.

Ainda sobre a execução da despesa, cabe assinalar o significado de Restos a Pagar e de Despesas de Exercícios Anteriores. O primeiro representa as despesas empenhadas mas não pagas até 31 de dezembro. A inscrição em Restos a Pagar decorre da observância da competência orçamentária para as despesas, e o seu pagamento é considerado como despesa extraorçamentária na medida em que não tenha sido consignado no orçamento do exercício em que será pago. Os Restos a Pagar dividem-se em processados (quando já transcorreu o estágio da liquidação) e não processados (quando não transcorreu o estágio da liquidação).

De outra parte, denominam-se Despesas de Exercícios Anteriores – DEA aquelas correspondentes a autorizações dadas na Lei Orçamentária, destinadas a atender compromissos gerados em anos anteriores. E, como hipóteses em que o administrador público poderá recorrer ao empenho à conta de despesas de exercícios anteriores, citam-se as seguintes: despesas com saldo suficiente para atendê-las e não processadas no mesmo exercício financeiro; Restos a Pagar com prescrição interrompida, e compromissos reconhecidos após o encerramento do exercício correspondente.

Destaque-se, além disso, como observação pertinente ao gestor, que a DEA não deve suprir a falta de empenho prévio na época oportuna, pois se trata de irregularidade passível de apontamento pelos órgãos de

controle. De outra parte, a DEA poderá ser usada para empenhar despesas cujos empenhos não liquidados foram cancelados por insuficiência de caixa.

9.4.3 Controle e Avaliação

Não se pode tratar de planejamento sem fazer referência a controle, pois não há sentido em estabelecer planos sem definir as formas de controlar a sua execução. Essa fase compreende a fiscalização realizada pelos órgãos de controle e pela sociedade.

Os órgãos de controle da Administração Pública dividem-se em interno e externo e têm como finalidade: avaliar o cumprimento das metas previstas no Plano Plurianual, avaliar a execução dos programas de Governo e dos orçamentos, e comprovar sua legalidade e avaliar os resultados quanto à eficácia e à eficiência da gestão, por intermédio da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos e das entidades da Administração Pública, bem como quanto à aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado.

No Rio Grande do Sul, o controle externo é de competência do Tribunal de Contas do Estado – TCE, e o controle interno é exercido pela Contadoria e Auditoria-Geral do Estado – CAGE. Já o controle exercido pela sociedade denomina-se de controle social, que pode ser definido como a participação da sociedade civil no planejamento, no acompanhamento, no monitoramento e na avaliação das ações da gestão pública, o que possibilita o compartilhamento de responsabilidades com o Estado, tendo em vista o aumento do nível da eficácia e da efetividade das políticas e dos programas públicos. O orçamento participativo, a consulta popular, o plebiscito e a iniciativa popular de emendar o orçamento são alguns dos mecanismos conquistados pela sociedade para exercer esse controle.

A Lei Complementar Federal nº 131, de 27 de maio de 2009, alterou a LRF no sentido de ampliar a transparência das contas públicas ao tornar obrigatória a "liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público". Em cumprimento ao dispositivo acrescentado à LRF, o Estado disponibiliza à sociedade o **Portal Transparência RS**, acessível por meio do endereço eletrônico *http://www.transparencia.rs.gov.br***,** o qual contempla, entre outras informações, os gastos e as receitas públicas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como do Ministério Público e da Defensoria Pública.

Mais recentemente foi promulgada a Lei Federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, denominada Lei de Acesso à Informação (LAI), cujos princípios de publicidade e transparência são a regra e o sigilo é a exceção. Referida Lei prevê que as Instituições Públicas divulguem proativamente informações via Internet mediante procedimentos objetivos, ágeis, transparentes e em linguagem de fácil compreensão, independentemente de requisição. O governo gaúcho regulamentou a aplicação da LAI pelo Decreto Estadual 49.111, de 16 de maio de 2012, e possibilita aos cidadãos o acesso à informação por meio do endereço eletrônico *http://www.acessoainformacao.rs.gov.br*.

Para garantir a eficiência e a eficácia das funções exercidas pelos órgãos de controle, são utilizados diferentes instrumentos, tais como as demonstrações contábeis, financeiras, orçamentárias e patrimoniais, e os procedimentos de auditoria, inclusive de natureza operacional. Esses instrumentos permitem, inclusive, uma avaliação da gestão do órgão ou da entidade, em especial quanto ao cumprimento dos objetivos e dos programas de trabalho do ente público e à observância das normas legais.

Exemplificativamente, deverá ser verificado, quando da execução da despesa pública, se ela foi legalmente empenhada e autorizada, previamente, por autoridade pública competente, investida ou delegada, e se está de acordo com o previsto na Lei Orçamentária.

Cumpre salientar, por fim, que o gestor também é um agente de controle, na medida em que deve zelar, na sua área de influência, pela observância estrita dos princípios e das normas que regem a Administração Pública. É licito (e até recomendável) que ele estabeleça seus próprios controles no sentido de bem acompanhar a execução orçamentária no órgão ou na entidade que administra, devendo manter bom relacionamento com os órgãos de controle e, sempre que necessário, valer-se deles, especialmente do controle interno, para buscar, entre outras, orientação sobre o encaminhamento da melhor alternativa para a solução dos problemas de sua instituição.

10. RECEITA PÚBLICA

Sumário: 10.1 Definição e Considerações Gerais - **10.2** Legislação - **10.3** Previsão da Receita Orçamentária - **10.4** Realização da Receita Orçamentária - **10.5** Deduções da Receita Orçamentária - **10.6** Classificação Econômica da Receita Orçamentária - **10.7** Codificação da Receita Orçamentária - **10.8** Controle da Receita - **10.9** Vinculação de Receitas Orçamentárias - **10.9.1** Recurso Orçamentário - **10.9.2** Principais Vinculações Constitucionais. **10.9.2.1** Receita Líquida Real (RLR) - **10.9.2.2** Receita Corrente Líquida (RCL) - **10.9.2.3** Receita Tributária Liquida (RTL) - **10.9.2.4** Receita Líquida de Impostos e Transferências (RLIT)

10.1 DEFINIÇÃO E CONSIDERAÇÕES GERAIS

Do ponto de vista contábil, a receita pública pode ser analisada sob o enfoque patrimonial ou sob o orçamentário.

De acordo com o Manual de Contabilidade Aplicado ao Setor Público, da Secretaria do Tesouro Nacional, o atendimento do enfoque patrimonial da contabilidade compreende o registro e a evidenciação da composição patrimonial do ente público, consoante artigos 85, 89, 100 e 104 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Nesse aspecto, devem ser atendidos os princípios e normas contábeis voltados para o reconhecimento, a mensuração e a evidenciação dos ativos e passivos e de suas variações patrimoniais, contribuindo para o processo de convergência às normas internacionais, respeitada a base legal nacional. A compreensão da lógica dos registros patrimoniais é determinante para o entendimento da formação, composição e evolução desse patrimônio.

Sob este enfoque, os ingressos podem ser financeiros ou não, considerando que a receita é um termo mundialmente utilizado pela contabilidade para evidenciar a variação positiva da situação líquida patrimonial resultante do aumento de ativos ou da redução de passivos de uma entidade. Como exemplo, menciona-se o registro de direitos a receber (IPTU a receber), em contrapartida de resultado (Variação Patrimonial Aumentativa), sem o ingresso financeiro efetivo, o qual está programado para acontecer posteriormente.

Sob o enfoque orçamentário, a receita representa todos os ingressos disponíveis para cobertura das despesas públicas, em qualquer esfera governamental, representados, necessariamente, por ingressos financeiros efetivos, como, por exemplo, o pagamento de ICMS por um contribuinte.

A Lei Federal nº 4.320/64, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em seu artigo 57, define como orçamentárias todas as receitas arrecadadas, inclusive as provenientes de operações de crédito, ainda que não previstas no orçamento, excetuando dessa definição os ingressos decorrentes de operações de crédito por antecipação de receita (os empréstimos por antecipação de receita orçamentária – ARO), as emissões de papel-moeda (competência exclusiva da União) e outras entradas compensatórias no ativo e no passivo circulantes, tais como os ingressos pertencentes a terceiros, sujeitos à devolução ou repasse.

Contabilmente, a receita orçamentária caracteriza-se por seu efeito positivo sobre a situação líquida financeira do ente público, como, por exemplo, o aumento do ativo circulante pelo registro das disponibilidades decorrentes do ingresso da receita de impostos. Essa variação positiva da situação líquida financeira pode decorrer, porém, da redução do passivo circulante, como no caso da prescrição ou da anulação de restos a pagar, embora isso não represente um *ingresso* de dinheiro. Por força do artigo 38 da Lei Federal nº 4.320/64, no entanto, a anulação e a prescrição de restos a pagar são consideradas receitas orçamentárias no exercício em que se efetivarem.

Enquanto as receitas orçamentárias representam ingressos pertencentes ao ente público, arrecadados para aplicações em programas e ações governamentais, as receitas extraorçamentárias representam os ingressos pertencentes a terceiros, isto é, o aumento do ativo circulante decorrente do ingresso de numerário é contrabalançado pelo registro no passivo circulante de uma obrigação de devolução ou repasse desse nu-

merário. Nesse sentido, entre outros, podem-se citar as receitas extraorçamentárias, os depósitos e as retenções em geral. Também constituem receitas extraorçamentarias o recebimento de débitos lançados na conta Devedores do Ativo Circulante, bem como a regularização de Responsáveis mediante a restituição de valor indevidamente desembolsado.

Do ponto de vista jurídico, a receita pública classifica-se em *originária* e *derivada*. São originárias as receitas decorrentes da atuação direta do Estado em alguma atividade, mencionando-se, entre elas, a venda de bens e serviços e a percepção de aluguéis, e, ao contrário, são derivadas as que o Estado obtém em virtude do seu poder autoritário, coercitivo e legal, a exemplo da cobrança de tributos e das multas. Além dessa classificação, existem outras, como: as *ordinárias* (constantes, periódicas) e as *extraordinárias* (inconstantes, eventuais); as *efetivas* (que alteram positivamente a situação patrimonial) e as *não efetivas* ou *de mutação* (que não alteram a situação patrimonial, pois o acréscimo da situação líquida financeira é compensado por uma redução do ativo não circulante – alienação de bens, por exemplo – ou por aumento do passivo permanente, como no caso das operações de crédito de longo prazo).

A par da definição legal enunciada na Lei Federal nº 4.320/64, outros dispositivos estabeleceram conceitos específicos – os quais serão analisados em item a parte – para *porções* da receita orçamentária, a saber: Receita Líquida Real, Receita Corrente Líquida, Receita Tributária Líquida, Receita Líquida de Impostos e Transferências e Receita Líquida de Impostos Próprios.

10.2 LEGISLAÇÃO

- Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988
- Lei Complementar Federal nº 101, de 04 de maio de 2000
- Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964
- Portaria Interministerial SOF/STN nº 163/01

10.3 PREVISÃO DA RECEITA ORÇAMENTÁRIA

Embora tanto o PPA quanto a LDO possam conter estimativas, sejam elas plurianuais (PPA) ou referentes a metas fiscais (LDO), é na LOA que as receitas orçamentárias estão discriminadas e quantificadas.

A receita prevista (ou orçada) na LOA consiste, basicamente, na estimativa de arrecadação, considerada pela maioria dos autores como o primeiro estágio da receita pública.

Normalmente, essa estimativa é efetuada com base em metodologias próprias de projeção, fundamentando-se em séries históricas de arrecadação ao longo dos anos ou meses anteriores (base de cálculo), corrigidas por parâmetros específicos, que podem ter relação com o preço (efeito preço), com a quantidade (efeito quantidade) ou com alguma mudança de aplicação de alíquota na base de cálculo (efeito legislação).

Também se consideram, para essa estimativa, o contexto econômico (projeção da variação do PIB) e as estimativas de valores a serem repassados pela União aos Estados e Municípios.

Ademais, o gestor deve estar atento para os fatores que podem afetar as previsões de receitas próprias do órgão ou da entidade sob sua gestão, especialmente daquelas que se vinculam a fundos especiais, visto que essas receitas, muitas vezes, balizam as dotações orçamentárias dos recursos vinculados, incluídas na LOA.

Por sua vez, a Lei Complementar Federal nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) estabeleceu, no artigo 12, que as previsões de receita "(...) serão acompanhadas de demonstrativo de sua evolução nos últimos três anos, da projeção para os dois seguintes àquele a que se referirem e da metodologia de cálculo e das premissas utilizadas".

10.4 REALIZAÇÃO DA RECEITA ORÇAMENTÁRIA

A realização da receita orçamentária dá-se por intermédio dos chamados estágios da receita pública: lançamento, arrecadação e recolhimento, embora os dois primeiros nem sempre ocorram.

O lançamento é o procedimento administrativo que visa a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, em alguns casos, propor a aplicação da penalidade cabível.

Existem três tipos de lançamento, quais sejam:

Lançamento direto ou de ofício – É o de iniciativa da autoridade fazendária, que adota providências quanto ao fato gerador e à base de cálculo. São exemplos: IPTU e IPVA.

Lançamento por homologação – É aquele feito pelo próprio contribuinte, sendo posteriormente verificado pela autoridade fazendária. Dá-se, como exemplo, o pagamento de ICMS e IPI.

Lançamento por declaração ou misto – É o feito pela autoridade fazendária, com a colaboração do contribuinte. Um exemplo é IRPF.

Para a administração tributária, o lançamento da receita é uma fase muito importante, pois é por meio dele que se controla a adimplência dos contribuintes e a fidelidade dos agentes arrecadadores, entre outros.

A arrecadação caracteriza-se pelo recebimento do crédito público – lançado ou não – por intermédio dos agentes arrecadadores oficiais (os bancos credenciados e, mais raramente, as próprias repartições públicas), devido pelo contribuinte. No Estado, o pagamento das principais receitas pelos contribuintes ocorre mediante Guia de Arrecadação – GA, com utilização de códigos de arrecadação específicos (numéricos com quatro dígitos), os quais são vinculados diretamente ao código contábil da receita.

Nessa etapa, o numerário arrecadado está transitando (*floating*) e não pode ser usado pelo Estado para realizar pagamentos. Somente após o recolhimento dos recursos pelos agentes à Conta Bancária Única "Governo do Estado" (Conta Única do Tesouro Estadual) do Sistema Integrado de Administração de Caixa – SIAC é que o Governo poderá utilizar a receita arrecadada nos gastos públicos. O recolhimento é a transferência dos valores arrecadados a essa Conta Única, observado o princípio da unidade de tesouraria, previsto no artigo 56 da Lei Federal nº 4.320/64.

Como já foi mencionado, nem todas as receitas passam pelas fases de lançamento e arrecadação, mas todas passam pela fase de recolhimento. Há casos em que o numerário não é recolhido à Conta Única do Tesouro Estadual, como, por exemplo, as receitas recebidas diretamente pelos Poderes Legislativo e Judiciário, bem como as provenientes de alguns convênios ou que, por força de dispositivo legal, não podem ser recolhidas para o SIAC.

10.5 DEDUÇÕES DA RECEITA ORÇAMENTÁRIA

Conforme orientação da Secretaria do Tesouro Nacional – STN, no âmbito da Administração Pública, a dedução de receita é utilizada, principalmente, nas seguintes situações: para restituir tributos recebidos a maior ou indevidamente; para recursos que o ente tenha a competência de arrecadar, mas que pertencem a outro ente, de acordo com a legislação vigente, ou para demonstrar contabilmente a renúncia de receita.

No caso do Estado do RS, porém, o procedimento é adotado unicamente com o objetivo de evidenciar a contribuição do Estado para o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB.

10.6 CLASSIFICAÇÃO ECONÔMICA DA RECEITA ORÇAMENTÁRIA

Com relação à receita orçamentária, o artigo 11 da Lei Federal nº 4.320/64 define duas categorias econômicas, a saber: *receitas correntes* e *receitas de capital*.

Receitas correntes são derivadas do poder de tributar ou resultantes da venda de produtos e serviços colocados à disposição, tendo características intrínsecas de atividades que contribuem para a finalidade fundamental do órgão ou da entidade pública, quer sejam operacionais, quer não operacionais. Por sua vez, as receitas de capital são derivadas da obtenção de recursos mediante a constituição de dívidas, a amortização de empréstimos e financiamentos e a alienação de componentes do ativo não circulante.

Observa-se, ainda, que, com o advento da Portaria Interministerial STN/SOF nº 338/06, essas categorias de receitas foram, tanto as correntes quanto as de capital, detalhadas também como receitas intraorçamentárias. Estas decorrem de operações entre órgãos, fundos, autarquias, fundações, empresas estatais dependentes e outras entidades, integrantes de orçamentos distintos, exclusivamente no caso de fornecimento de materiais, bens e serviços, recebimento de impostos, taxas e contribuições e demais operações, no âmbito de uma mesma esfera de governo.

Em outras palavras, uma operação intraorçamentária caracteriza-se por haver uma receita e uma despesa entre órgãos ou entidades de um mesmo ente federado, pertencentes a unidades orçamentárias distintas de um mesmo orçamento. No Estado, as receitas intraorçamentárias ocorrem em operações entre a Adminis-

tração Direta e Indireta, ou vice-versa, e entre entidades da própria Administração Indireta. Como exemplo, pode-se citar a Contribuição Patronal da Assistência Médica, registrada como receita intraorçamentária no Instituto de Previdência do Estado e despesa intraorçamentária no Estado.

É importante esclarecer que as receitas (assim como as despesas) intraorçamentárias não devem ser confundidas com as extintas transferências intragovernamentais, as quais não estavam vinculadas a uma transação de fornecimento de bens ou serviços ou a um recebimento de encargos (contribuição previdenciária, por exemplo), característica essencial das operações intraorçamentárias.

A discriminação das receitas correntes e de capital, considerados os seus títulos mais relevantes, é a seguinte:

RECEITAS CORRENTES

Receita Tributária

Impostos

Taxas

Contribuições de Melhoria

Receita de Contribuições

Contribuição Previdenciária de Servidores

Contribuição Previdenciária Patronal

Receita Patrimonial

Receitas Imobiliárias

Receitas de Valores Mobiliários

Dividendos e Juros sobre Capital Próprio

Receita Agropecuária

Receita Industrial

Transferências Correntes

Participação na Receita da União

Transferência do Fundeb

Convênios

Outras Receitas Correntes

Multas e Juros de Mora

Indenizações e Restituições

Receita da Dívida Ativa

Anulação de Restos a Pagar

RECEITAS DE CAPITAL

Operações de Crédito

Alienação de Bens

Amortização de Empréstimos

Transferências de Capital

Outras Receitas de Capital

Habitualmente, as receitas correntes podem ser aplicadas indistintamente tanto em despesas correntes quanto em despesas de capital. Já, com relação às receitas de capital, a legislação em vigor impõe restrições na sua utilização para o pagamento de despesas correntes.

A Constituição Federal de 1988, no artigo 167, inciso III, estabelece que a realização de operações de crédito não pode exceder o montante das despesas de capital, ressalvadas as provenientes de créditos adicionais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta. Essa norma, conhecida como "regra de ouro", objetiva proibir a contratação de empréstimos para financiar gastos correntes, evitando, assim, que o ente público tome emprestado de terceiros para pagar despesas de pessoal, juros ou custeio.

A Lei de Responsabilidade Fiscal também contempla restrição para a aplicação de receitas provenientes da conversão de bens e direitos em espécie, tendo em vista o disposto em seu artigo 44, o qual veda o uso de recursos de alienação de bens e direitos em despesas correntes, exceto se aplicados aos regimes de previdência, mediante autorização legal.

10.7 CODIFICAÇÃO DA RECEITA ORÇAMENTÁRIA

Com a edição da Portaria Interministerial nº 163/01 e, posteriormente, do Manual Técnico de Contabilidade Aplicada ao Setor Público, editado pela Secretaria do Tesouro Nacional – STN, restou definida a classificação orçamentária das receitas (Natureza de Receita) nos seguintes níveis:

1º Nível – Categoria econômica
2º Nível – Origem
3º Nível – Espécie
4º Nível – Rubrica
5º Nível – Alínea
6º Nível – Subalínea
7º Nível – Detalhamento (optativo)

Categoria econômica: Conforme já mencionado, a categoria econômica subdivide-se em Receitas Correntes, Receitas de Capital, Receitas Correntes Intraorçamentárias e Receitas de Capital Intraorçamentárias, respectivamente com os códigos 1, 2, 7 e 8.

Origem: É a especificação da procedência (fonte) dos recursos públicos, em relação ao fato gerador dos ingressos das receitas (derivada, originária, transferências e outras). Em síntese, é a subdivisão das categorias econômicas que tem por objetivo identificar a origem das receitas, no momento em que elas ingressam no patrimônio público.

Em relação às receitas correntes, tal classificação serve para identificar se as receitas são compulsórias (tributos e contribuições) ou provenientes de atividades em que o Estado atua diretamente na produção (agropecuárias, industriais ou de prestação de serviços), de exploração do seu próprio patrimônio (patrimoniais), de transferências destinadas ao atendimento de despesas correntes ou, ainda, de outros ingressos. Em relação às receitas de capital, distinguem-se as provenientes de operações de crédito, de alienação de bens, de amortização dos empréstimos, de transferências destinadas ao atendimento de despesas de capital ou, ainda, de outros ingressos de capital.

Espécie: É o nível que permite qualificar com maior detalhe o fato gerador dos ingressos das receitas. Por exemplo, dentro da origem Receita Tributária (receita proveniente de tributos), podem-se identificar as suas espécies, tais como impostos, taxas e contribuições de melhoria (conforme definido na Constituição Federal de 1988 e no Código Tributário Nacional), sendo cada uma dessas receitas uma espécie de tributo diferente das demais.

Rubrica: É o detalhamento das espécies de receita, com o objetivo de identificar, em cada espécie de receita, internamente, uma qualificação mais específica, agregando, ainda, determinadas receitas com características próprias e semelhantes entre si.

Alínea: É o nível que funciona como uma qualificação da rubrica, identificando o nome da receita que recebe o ingresso de recursos financeiros.

Subalínea: É o detalhamento da alínea.

Detalhamento: É o que constitui o nível mais analítico da receita, sendo optativo. No Estado do Rio Grande do Sul, porém, o detalhamento é de uso compulsório e faz parte da codificação da receita.

Como exemplo dessa classificação, cita-se a receita 1113.02.01.0002 – ICMS:

1 = Receita Corrente (Categoria econômica)

1 = Receita Tributária (Origem)

1 = Receita de Impostos (Espécie)

3 = Impostos sobre a Produção e a Circulação (Rubrica)

02 = Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (Alínea)

01 = Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (Subalínea)

0002 = ICMS (Detalhamento).

10.8 CONTROLE DA RECEITA

O controle da receita desdobra-se em registro contábil e controle formal e material. O registro contábil, sob o enfoque orçamentário, é definido pelo artigo 35 da Lei Federal nº 4.320/64, o qual dispõe que pertencem ao exercício financeiro todas as receitas nele arrecadadas (regime de caixa, aplicado atualmente pelo Estado).

Desde a edição de renovadas normas pela STN, estão, contudo, sendo admitidas, sob o enfoque patrimonial, outras formas de contabilização para as receitas, não se deixando, no entanto, de observar a Lei Federal nº 4.320/64. Esses registros são efetuados em consonância com os Princípios Fundamentais de Contabilidade, destacando-se o da Competência, o da Prudência e o da Oportunidade. A partir de 2012, tornou-se obrigatório o reconhecimento da receita pelo regime de competência, distinguindo-a da receita orçamentária propriamente dita.

No que diz respeito ao controle formal e material das receitas, é obrigatória a observação dos seguintes aspectos:

- os extratos bancários devem ser conciliados com os saldos das respectivas contas na contabilidade, destacando-se a conta de arrecadação;
- os procedimentos para arrecadação, recolhimento, prazos e forma de prestação de contas pelos agentes arrecadadores devem ser regidos por normas que os estabeleçam;
- os documentos de arrecadação devem ser guardados em local seguro e de fácil acesso, com o propósito de evitar sua utilização indevida e possibilitar futuras auditorias;
- os documentos de arrecadação devem especificar todos os dados necessários ao controle do fluxo financeiro, trazer a identificação do contribuinte, possuir numeração sequencial e cronológica e estar corretamente preenchidos, sem emendas ou rasuras;
- as funções entre os agentes arrecadadores devem ser distintas, e o órgão de contabilidade, ou seja, quem arrecada não pode ser responsável pela contabilidade;
- o produto arrecadado, salvo exceções previstas em lei ou convênio, deve ingressar em conta única de arrecadação.

Quando o gestor for responsável pela administração financeira de fundos ou de receitas vinculadas ou, ainda, de receitas próprias de entidade da Administração Indireta, é importante que faça o acompanhamento estatístico periódico da evolução dessas receitas, especialmente daquelas de natureza ordinária, procurando identificar as causas que possam estar levando ao decréscimo da arrecadação ou buscando outras formas de incrementar o ingresso.

10.9 VINCULAÇÃO DE RECEITAS ORÇAMENTÁRIAS

10.9.1 Recurso Orçamentário

A natureza da receita busca identificar a origem do recurso segundo seu fato gerador, porém existe a necessidade de a receita ser classificada conforme a sua destinação. Desse modo, foi instituído no Estado um

mecanismo denominado de recurso orçamentário, composto de código numérico de quatro algarismos, o qual expressa o destino de todas as receitas arrecadadas, sejam elas livres ou vinculadas.

O recurso orçamentário funciona como se fosse uma conta corrente, alimentado, de um lado, pelas receitas que o formam e consumido, de outro, por sua utilização no pagamento de despesas. É uma espécie de *elo* entre a receita e a despesa orçamentárias.

São considerados *recursos livres* aqueles que não têm uma destinação específica, sendo depositados em conta corrente centralizadora do Estado, de Autarquias ou de Fundações, enquanto *recursos vinculados*, em regra, são os que representam as receitas que o Estado, em decorrência de dispositivos constitucionais e legais ou para atender ao que está previsto em convênios, fica obrigado a aplicar em determinados fins.

No Estado, os recursos orçamentários são classificados por faixas de numeração, embora essa classificação esteja um tanto prejudicada pelo esgotamento dos intervalos, especialmente no que se refere aos convênios.

0001 a 0099 – Recursos livres (código 0001), recursos relativos às vinculações constitucionais formados pela destinação de parte da receita de impostos e transferências, como, por exemplo, os do ensino (0002), os da pesquisa (0003), os da saúde (0006) e os dos precatórios a serem pagos na forma da Emenda Constitucional 62/2009 (0007 e 0008), recursos livres dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público (0011) e recursos da consulta popular (0012 em diante, tendo o de código 0092 origem no salário-educação).

0100 a 0199 e 1100 a 1199 – Recursos vinculados de origem estadual, tais como os que se referem à parcela de impostos transferidos aos municípios e às receitas operacionais de fundos especiais.

0200 a 0299 e 2099 a 2299 – Recursos vinculados de origem federal, como, por exemplo, os do salário-educação, os da CIDE (Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico) e Transferências do SUS.

0300 a 0399 e 1300 a 1399 – Recursos de operações de crédito.

0400 a 0499, 0601 a 0899, 1000 e 1099, 1400 a 1499 – Convênios.

0900 a 0999 – Códigos de natureza provisória utilizados para classificar recursos na elaboração da proposta orçamentária pela Secretaria do Planejamento e Gestão.

1500 a 1599 – Recursos de origem municipal.

1600 a 2099 – Convênios e outras receitas.

2400 a 2499 – Recursos do Exterior.

2500 a 2599 – Recursos de Instituições Privadas e Pessoas Físicas.

5000 a 5199 – Recursos de Contrapartida – origem estadual.

5200 a 5299 – Recursos de Contrapartida – origem federal.

7000 a 7999 – Recursos de Fundações.

8000 a 8999 – Recursos de Autarquias.

9999 – Novos recursos (não especificados).

Observa-se que os recursos 7000 (a 7999) e 8000 (a 8999) são derivados de receitas próprias de Fundações e de Autarquias, respectivamente, e que não têm destinação específica. Equivalem ao recurso 0001, formado pelas receitas não vinculadas da Administração Direta.

Com relação aos convênios, ao celebrar cada um deles, é aberta uma conta bancária e criado um código de recurso orçamentário específico (vinculado), fazendo com que os valores disponibilizados sejam gastos somente nas finalidades e nos objetivos do respectivo convênio.

O recurso, cujo código tem de estar indicado no empenho da despesa, deve ser coerente com a fonte referida no orçamento. Assim, por exemplo, não é possível utilizar um recurso cuja origem é operação de crédito (da série 0300, portanto) no empenho de uma despesa cuja dotação não contemple a fonte Operações de Crédito Internas (ou Externas). É necessário, antes, alterar a dotação orçamentária para poder utilizar o recurso.

10.9.2 Principais Vinculações Constitucionais

10.9.2.1 Receita Líquida Real (RLR)

Em 1998, houve a renegociação da Dívida Mobiliária do Estado junto à União, com base na Lei Federal nº 9.496, de 11 de setembro de 1997, sendo estabelecido o pagamento mensal de 360 parcelas, calculadas

em 13% da Receita Líquida Real – RLR, cujo conceito foi definido pelo parágrafo único do artigo 2º da referida Lei.

No Estado do Rio Grande do Sul, a RLR é calculada com base na receita realizada nos doze meses anteriores ao mês imediatamente anterior àquele em que se fizer sua apuração:

Receita Total

(-) Participações Constitucionais dos Municípios

(-) Operações de Crédito

(-) Gestão Plena da Saúde (SUS)

(-) Receita de Alienação de Bens

(-) Receita de Transferências de Capital

(-) Receita de Anulação de Restos a Pagar

(-) Contribuição ao Fundeb

(-) Transferências do Fundeb

(=) **Receita Líquida Real (RLR)**

10.9.2.2 Receita Corrente Líquida (RCL)

O inciso IV do artigo 2º da Lei Complementar Federal nº 101/2000 definiu o conceito de Receita Corrente Líquida – RCL, com vistas a servir de base de cálculo para os limites da Despesa com Pessoal (60%), Saldo da Dívida (200%), Garantias de Valores (22%), Operações de Crédito Internas e Externas (16%) e Operações de Crédito por Antecipação da Receita (7%). A Emenda Constitucional nº 62/09 destina o percentual de 1,5% da RCL ao pagamento de precatórios. No Estado, a RCL é calculada tomando-se por base as receitas arrecadadas no mês de referência e nos onze anteriores:

Receita Corrente

(+) Contribuição patronal ao IPERGS

(-) Transferências Constitucionais aos Municípios

(-) Receita de Anulação de Restos a Pagar

(-) Imposto de Renda Retido na Fonte de Servidores

(-) Contribuição Previdenciária de Servidores

(-) Compensação Financeira entre Regimes de Previdência

(-) Dedução da Receita para a Formação do Fundeb

(=) Receita Corrente Líquida (RCL)

10.9.2.3 Receita Tributária Liquida (RTL)

Por sua vez, o § 3º do artigo 244 da Constituição Estadual determina a aplicação em ações e serviços de saúde de, no mínimo, 10% da Receita Tributária Líquida – RTL, excluídos os repasses federais oriundos do Sistema Único de Saúde – SUS.

No RS, a base de cálculo da RTL compõe-se da seguinte forma:

Tributos Estaduais

(+) Restituições de Impostos

(+) Multas e Juros de Mora

(+) Receita da Dívida Ativa

(-) Participação dos Municípios

(=) Receita Tributária Líquida Ajustada (RTL)

10.9.2.4 Receita Líquida de Impostos e Transferências (RLIT)

Relativamente a Manutenção e Desenvolvimento de Ensino – MDE (limites da CF/88 e da CE/89) e a Ações e Serviços Públicos de Saúde (limite da CF/88), os percentuais são calculados baseados na Receita Líquida de Impostos e Transferências – RLIT, sendo para:

a) manutenção e desenvolvimentos de ensino – Constituição Estadual, artigo 202 – 35% e Constituição Federal, artigo 212 – 25%;
b) ações e serviços públicos de saúde – Constituição Federal, artigo 198, § 2º, II, e artigo 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – 12%.

No RS, a base de cálculo da RLIT está composta da seguinte forma:

Impostos Estaduais

(+) Transferências de Impostos da União

(+) Restituições de Impostos

(+) Multas e Juros de Mora

(+) Receita da Dívida Ativa

(-) Participação dos Municípios

(=) Receita Líquida de Impostos e Transferências (RLIT)

De outra parte, o artigo 236 da Constituição Estadual de 1989 estabelece que o Estado deverá destinar, no mínimo, 1,5% da sua Receita Líquida de Impostos Próprios ao fomento, ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica. A Receita Líquida de Impostos Próprios é a RLIT, sem as transferências de impostos da União.

11. LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

Sumário: 11.1 Definição e Considerações Gerais - **11.2** Legislação - **11.3** Planejamento – **11.3.1** Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO – **11.3.2** – Lei Orçamentária Anual – LOA – **11.3.3** – Programação Financeira - **11.4** Receita – **11.4.1** – Previsão da Receita – **11.4.2** – Realização da Receita – **11.4.3** – Renúncia de Receita - **11.5** Despesa – **11.5.1** – Aumento da Despesa – **11.5.2** – Despesa Obrigatória de Caráter Contínuo – **11.5.3** – Despesa com Pessoal - **11.6** Transferências Voluntárias e Destinação de Recursos ao Setor Privado - **11.7** Limites de Endividamento e Operações de Crédito – **11.7.1** – Limites para Endividamento – **11.7.2** – Operações de Crédito – **11.7.3** – Antecipação de Receita Orçamentária – **11.7.4** – Restos a Pagar - **11.8** Gestão Patrimonial - **11.9** Transparência e Controle da Gestão Fiscal.

11.1 DEFINIÇÃO E CONSIDERAÇÕES GERAIS

A Lei Complementar Federal nº 101, de 04 de maio de 2000, conhecida por Lei de Responsabilidade Fiscal, ou simplesmente LRF, regulamenta os artigos 163 a 169 da Constituição Federal de 1988 e, juntamente com a Lei Federal nº 4.320/64, compõe as normas gerais referentes ao regramento das finanças públicas no Brasil. Em síntese, estabelece uma série de normas direcionadas para a responsabilidade na gestão fiscal. Essa responsabilidade, nos termos do § 1º do seu artigo 1º, corresponde a uma ação planejada e transparente que visa a prevenir riscos e corrigir eventuais desvios que possam afetar o equilíbrio das contas públicas. Pressupõe, ainda, o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange à renúncia de receita, à geração de despesas com pessoal, à seguridade social, às dívidas consolidada e mobiliária, às operações de crédito, à concessão de garantia e à inscrição em restos a pagar.

Evitar a geração de déficits e promover a redução do endividamento público podem ser considerados os dois grandes objetivos da LRF e são perseguidos em vários dispositivos da Lei, a exemplo da imposição de limites para a dívida do ente público.

A LRF apresenta muitos comandos operacionais que impactam diretamente a atuação do gestor e que, em médio prazo, influenciarão positivamente os grandes objetivos citados. A referida norma é aplicável a todos os Poderes e em todas as esferas de Governo (União, Estados, Municípios e Distrito Federal).

O planejamento da ação governamental combinado com o estabelecimento de limites para os gastos públicos, endividamento, contratação de operações de crédito e inscrição em restos a pagar, são medidas relevantes nesse contexto da responsabilidade na gestão, requerendo o máximo de atenção e de cuidado do gestor público.

A transparência dos atos da gestão, como mecanismo de controle social, é exigência da Lei de Responsabilidade Fiscal e materializa-se pela participação popular na elaboração de planos, na maior exposição das contas públicas, inclusive pela internet, e mediante a publicação de relatórios e demonstrativos da execução orçamentária e da gestão fiscal.

A LRF traz consequências e responsabilidades aos Chefes de Poderes e de órgãos públicos, nas três esferas de governo. Muitas das regras nela contidas, contudo, não se aplicam diretamente aos gestores que operam a despesa pública. No entanto, a sua correta ação é indispensável para que os princípios e os comandos emanados dessa lei sejam atendidos e observados.

11.2 LEGISLAÇÃO

- Lei Complementar Federal nº 101, de 04 de maio de 2000
- Lei Federal nº 10.028, de 19 de outubro de 2000
- Resolução do Senado Federal nº 40, de 21 de dezembro de 2001
- Resolução do Senado Federal nº 43, de 21 de dezembro de 2001

– Resolução do Senado Federal nº 20, de 07 de novembro de 2003
– Instrução Normativa do TCE nº 17, de 30 de novembro de 2006
– Portaria Conjunta STN/SOF nº 03, de 14 de outubro de 2008
– Lei Complementar Federal nº 131, de 27 de maio de 2009
– Portaria STN nº 249, de 30 de abril de 2010

11.3 PLANEJAMENTO

A Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF dedica um capítulo específico para a atividade de planejamento. Nesse estágio, são estabelecidos os programas de trabalho dos órgãos públicos, que são de grande importância para o gestor. A apresentação de programas bem concebidos, com metas bem claras, garantirá condições para implementar os objetivos de uma determinada gestão, inclusive, para a execução de projetos já existentes e dos em andamento.

A LRF engloba diversas disposições e regras referentes à Lei de Diretrizes Orçamentárias e à Lei Orçamentária Anual, bem como no que concerne à chamada programação financeira e ao cronograma de execução mensal de desembolso.

11.3.1 Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO

A LDO é editada anualmente, estabelecendo as regras gerais para elaboração do Orçamento do ano seguinte. Nela está o Anexo de Metas Fiscais, que deverá conter, entre outros:

a) as metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes, sendo, na prática, metas trienais;
b) a avaliação do cumprimento das metas do ano anterior;
c) a evolução do patrimônio líquido, a origem e a aplicação dos recursos de privatizações, se houver; e
d) estimativa e compensação da renúncia fiscal e da margem de expansão das despesas obrigatórias de caráter continuado.

Considera-se medida voltada a um planejamento adequado e eficaz a apresentação pelo gestor, na fase de elaboração do projeto da LDO, de propostas de diretrizes que viabilizem a inclusão de dotações no orçamento para a consecução dos objetivos do órgão, vinculados a programas sob sua responsabilidade, ou seja, os que estão previstos no Plano Plurianual.

11.3.2 Lei Orçamentária Anual – LOA

O projeto de Lei Orçamentária Anual para União, Estados, Distrito Federal e Municípios deverá ser elaborado respeitando-se as diretrizes e as prioridades estabelecidas na LDO e, ainda, os parâmetros e limites fixados na LRF.

A LOA deverá conter em anexo o demonstrativo da compatibilização do orçamento com os objetivos e metas definidos no Anexo de Metas Fiscais da LDO.

Na LOA deve estar definida a reserva de contingência, como percentual da Receita Corrente Líquida (RCL), para atender a gastos não previstos na Lei, como calamidades públicas.

Em última análise, o que a LRF pretende é fortalecer o processo orçamentário como peça de planejamento, prevenindo desequilíbrios indesejáveis. Além disso, a Lei se apresenta como um instrumento de representação do compromisso dos governantes com a sociedade.

11.3.3 Programação Financeira

Relativamente à execução orçamentária e ao cumprimento de metas, o artigo 8º determina a obrigação do estabelecimento em até 30 dias após a publicação dos orçamentos, pelo Poder Executivo, de programação financeira e cronograma de execução mensal de desembolso. Já o artigo 9º dispõe que, sendo verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de

resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, caberá aos Poderes e ao Ministério Público promover a limitação de empenho e de movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela LDO. Não serão objeto de limitação, contudo, as despesas que constituam obrigações constitucionais ou legais do ente público, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida pública e as ressalvadas pela LDO.

11.4 RECEITA

Cumpre destacar que a receita pública mereceu destaque do legislador pela sua relevância para a obtenção do exigido equilíbrio fiscal. Além disso, ganhou significativa importância o desempenho da receita, uma vez que a Receita Corrente Líquida se constitui em base de cálculo para diversos limites estabelecidos pela LRF, a saber:

- reserva de contingência, destinada ao atendimento de passivos contingentes e de outros riscos e eventos fiscais imprevistos, estabelecida na LDO;
- despesa total com pessoal dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e do Ministério Público;
- montante da dívida consolidada da União, dos Estados e dos Municípios, e
- montante relativo a outras despesas correntes, inclusive serviços de terceiros, dos Poderes e órgãos, fixado no Projeto de Lei do Orçamento.

A adequada administração da Receita Pública interessa a todos os gestores, na medida em que poderá garantir que se arrecade, efetivamente, o que foi previsto no orçamento, de modo a viabilizar a sua execução. Entretanto, não há como afastar o entendimento de que essa matéria se relaciona mais diretamente ao respectivo órgão arrecadador e fazendário, em especial no que diz respeito aos aspectos operacionais.

Independentemente disso, é importante que o gestor se interesse em saber se a receita atingiu os patamares previstos no bimestre, o que garantirá a execução das suas quotas sem a necessidade de limitação de empenhos. Também é relevante o acompanhamento do êxito da arrecadação, em vista do comando do artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, que só permite a inscrição em restos a pagar de obrigações de despesas que possuam recursos de caixa disponíveis para honrar tais compromissos.

11.4.1 Previsão da Receita

A previsão de receita deve observar as normas técnicas e legais e considerar os efeitos das alterações na legislação, da variação do índice de preços, do crescimento econômico ou de qualquer outro fator relevante, como também deve ser acompanhada de demonstrativo de sua evolução nos últimos três anos, da projeção para os dois seguintes àquele a que se referir, da metodologia de cálculo e das premissas utilizadas para tal. A reestimativa de receita por parte do Poder Legislativo só será admitida se comprovado erro ou omissão de ordem técnica ou legal.

Tendo em vista a ampla utilização da receita como parâmetro para a previsão de despesas de todos os Poderes e do Ministério Público, a LRF contém dispositivo que determina que o Poder Executivo coloque à disposição dos demais Poderes e do Ministério Público, no mínimo trinta dias antes do prazo final para encaminhamento de suas propostas orçamentárias, os estudos e as estimativas das receitas para o exercício subsequente, inclusive da RCL, e as respectivas memórias de cálculo.

As receitas previstas serão desdobradas pelo Poder Executivo em metas bimestrais de arrecadação, com a especificação, em separado, quando cabível, das medidas de combate à evasão e à sonegação, da quantidade e dos valores de ações ajuizadas para cobrança da dívida ativa, bem como da evolução do montante dos créditos tributários passíveis de cobrança administrativa.

11.4.2 Realização da Receita

Reitere-se que, quando a realização da receita não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal, os Poderes e o Ministério Público devem promover a limitação de empenho e de movimentação financeira segundo os critérios definidos na LDO. É pertinente ressaltar que as receitas de operações de crédito estão limitadas ao montante das despesas de capital.

Desse modo, caberá ao órgão competente estabelecer a limitação do gasto com o uso das chamadas quotas orçamentárias. Nesse aspecto, torna-se importante que o gestor esteja atento ao alcance das metas de arrecadação, de forma que não seja surpreendido com cortes orçamentários que possam inviabilizar as ações do órgão ou da entidade.

11.4.3 Renúncia de Receita

É recomendável que o gestor acompanhe, inclusive para fins de política de atração de investimentos, os valores da renúncia de receita – compreendendo a anistia, a remissão, o crédito presumido, a isenção em caráter não geral, a alteração de alíquota de algum tributo ou a modificação da base de cálculo – que tenham como impacto a diminuição da receita pública.

A Administração, portanto, não mais poderá se restringir ao procedimento de instituir tributos e prever a sua arrecadação, devendo preocupar-se em adotar medidas que assegurem o ingresso efetivo nos cofres públicos da receita prevista no orçamento. Segundo a LRF a renúncia deverá estar acompanhada de estimativa de impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois exercícios seguintes.

Para atender ao que estabelece a LRF, cada governante deverá demonstrar que a renúncia de receita foi considerada na Lei Orçamentária Anual – LOA e que não afetará as metas previstas na Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO. Alternativamente, o governante deve demonstrar que esta renúncia de receita será compensada por aumento de receita proveniente de elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, aumento ou criação de tributo ou contribuição. Nesse caso, o ato que implique renúncia só entra em vigor quando estiver assegurada a compensação pelo aumento de receita.

A LDO e a LOA deverão conter um demonstrativo da estimativa e das medidas de compensação da renúncia de receita.

11.5 DESPESA

A Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece que será considerada não autorizada, irregular e lesiva ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atenda a determinados requisitos legais.

11.5.1 Aumento de Despesa

A criação, a expansão ou o aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa, deve ser, em primeiro lugar, acompanhadas de estimativa do impacto orçamentário-financeiro (com informação das premissas e da metodologia de cálculo utilizado) no exercício em que deverá entrar em vigor e nos dois subsequentes. Em segundo, é exigida uma declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira à Lei Orçamentária Anual e compatibilidade com o Plano Plurianual e a LDO. Cumpre referir que a observância de tais requisitos não se aplica à despesa considerada irrelevante, nos termos fixados pela LDO.

11.5.2 Despesa Obrigatória de Caráter Continuado

A definição do que seja uma despesa obrigatória de caráter continuado, consubstanciou-se naquela despesa corrente derivada de lei ou ato administrativo normativo que fixe para o ente público a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios. Os atos que criam ou aumentam esse tipo de despesa também deverão ser instruídos com a estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que entrarão em vigor e nos dois subsequentes, bem como com a demonstração da origem dos recursos para seu custeio.

11.5.3 Despesa com Pessoal

No tocante à despesa com pessoal, o artigo 18 da LRF define-a como o somatório dos gastos do ente da Federação com os servidores ativos e inativos e pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções

ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias. Estas configuram-se em vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões – inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza – e, ainda, encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência. Deverão ser somados à despesa de pessoal os valores dos contratos de terceirização de mão de obra que se referirem à substituição de servidores e empregados públicos, lembrando, todavia, que tal contratação importa em burla da exigência constitucional do concurso público.

Cabe assinalar, porém, que, com base em decisões do egrégio Tribunal de Contas do Estado – TCE, não são consideradas, para fins de apuração do limite da despesa líquida com pessoal, os gastos com pensões, assistência médica, auxílio-refeição, auxílio-transporte, auxílio-creche, bolsa de estudos, auxílio-funeral, abono de permanência e Imposto de Renda retido na fonte da remuneração dos servidores.

A LRF determinou, ainda, a limitação dos gastos com pessoal a um percentual sobre a receita corrente líquida. Assim, a contratação ou a concessão de quaisquer benefícios estão condicionadas previamente à não ultrapassagem desses limites estabelecidos.

Limites

Os percentuais em relação à receita corrente líquida para os três Poderes e para cada nível de Governo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) são os seguintes:

Para a União, o limite para gastos com pessoal, de 50% da Receita Corrente Líquida, é assim distribuído:
- 37,9% para o Poder Executivo;
- 3% para custeio de despesas do Distrito Federal e de ex-territórios;
- 0,6% para o Ministério Público da União;
- 6% para o Poder Judiciário;
- 2,5% para o Poder Legislativo, incluindo o Tribunal de Contas.

Nos Estados, o limite máximo para gastos com pessoal, de 60% da Receita Corrente Líquida, é assim distribuído:
- 49% para as despesas de pessoal do Poder Executivo;
- 6% para o Poder Judiciário;
- 3% para o Poder Legislativo, incluindo o Tribunal de Contas;
- 2% para o Ministério Público.

Nos Municípios, o limite máximo para gastos com pessoal, de 60% da Receita Corrente Líquida, é assim distribuído:
- 54% para o Poder Executivo;
- 6% para o Poder Legislativo, incluindo o Tribunal de Contas.

Cumpre salientar que, na hipótese de a despesa total com pessoal ultrapassar 95% dos limites anteriormente referidos (o chamado limite prudencial), o artigo 22 prevê determinadas vedações ao Poder ou órgão que houver incorrido nesse excesso, tais como: concessão de vantagem; aumento ou reajuste de remuneração aos servidores; criação de cargo, emprego ou função; alteração de estrutura da carreira que implique aumento de despesa.

De outra parte, se os limites forem ultrapassados, o artigo 23 determina que o percentual excedente seja eliminado nos dois quadrimestres seguintes. Para tanto, deverão ser adotadas, entre outras, as providências previstas nos §§ 3º e 4º do artigo 169 da Constituição Federal de 1988 (redução de pelo menos 20% dos cargos em comissão e funções de confiança ou exoneração de servidores não estáveis).

Além disso, enquanto perdurar o excesso, ou seja, não for alcançada a redução no prazo estabelecido pela LRF, o Poder ou o órgão, estará sujeito às seguintes restrições ("penalidades"): impedimento de receber transferências voluntárias, exceto as relacionadas com educação, saúde e assistência social; não obtenção de garantias de outros entes, e proibição de contratar operações de crédito, salvo quando destinadas ao refinanciamento da dívida mobiliária ou à redução da despesa com pessoal.

11.6 TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS E DESTINAÇÃO DE RECURSOS AO SETOR PRIVADO

Para efeito da LRF, é considerada como transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal, ou os destinados ao Sistema Único de Saúde – SUS.

Como exigências para efetuar e receber uma transferência voluntária de recursos, consideram-se:
- a existência de dotação orçamentária específica;
- a não utilização da transferência para pagamento de pessoal ativo, inativo ou pensionista;
- a comprovação, por parte do beneficiário, do pagamento em dia de tributos, empréstimos e financiamentos ao ente transferidor, bem como a comprovação da prestação de contas de recursos anteriormente recebidos;
- o cumprimento dos limites constitucionais relativos à educação e à saúde;
- a observância dos limites das dívidas consolidada e mobiliária, de operações de crédito (inclusive por antecipação de receita), de inscrição em restos a pagar e de despesa total com pessoal, e, por fim, a previsão orçamentária de contrapartida. Incluem-se, ainda, entre as obrigações previstas para o recebimento de uma transferência voluntária, a instituição, a previsão e a efetiva arrecadação de todos os tributos e contribuições de competência do ente e o encaminhamento das contas do respectivo ente da Federação à União.

Registre-se que as transferências para as ações de educação, saúde e assistência social não se sujeitam às sanções de suspensão de transferências voluntárias constantes da LRF.

Relativamente à destinação de recursos públicos para o setor privado, a LRF define, em seu artigo 26, que a destinação desses recursos para, direta ou indiretamente, dar cobertura a necessidades de pessoas físicas ou a déficits de pessoas jurídicas deverá:
- ser objeto de autorização em lei específica,
- atender às condições estabelecidas na LDO e
- estar prevista no orçamento ou em seus créditos adicionais.

Essas exigências aplicam-se, inclusive, às entidades da Administração Indireta, englobando Fundações Públicas e Empresas Estatais.

No conceito de destinação de recursos ao setor privado, estão compreendidas:
- a concessão de empréstimos, financiamentos e refinanciamentos, inclusive as respectivas prorrogações e a composição de dívidas;
- a concessão de subvenções, e
- a participação em constituição ou aumento de capital.

Quando da concessão de crédito à pessoa física ou à jurídica (que não esteja sob seu controle direto ou indireto), os encargos financeiros, as comissões e as despesas congêneres não poderão ser inferiores aos definidos em lei ou ao custo de captação, de modo a não caracterizar a destinação indevida de recursos ao setor privado, na forma indireta, mediante a concessão de subsídio na taxa de juros.

11.7 LIMITES DE ENDIVIDAMENTO E OPERAÇÕES DE CRÉDITO

A LRF define conceitos e normas a serem observados por todos os entes da Federação quanto a dívida pública, dívida mobiliária, operações de crédito e garantias.

11.7.1 Limites para endividamento

Os limites globais para o endividamento dos entes públicos são definidos em Resolução do Senado Federal, sendo fixados de acordo com um percentual da Receita Corrente Líquida para cada esfera de Governo. Ademais, para aqueles entes da Federação que ultrapassarem os limites fixados, foram instituídas restrições, de modo que, enquanto perdurar o excesso, não poderão realizar operação de crédito e deverão obter resultado primário necessário à recondução da dívida ao limite, promovendo, entre outras medidas, a limitação do empenho.

Para fins de aplicação dos limites, os precatórios judiciais não pagos durante a execução do orçamento em que houverem sido incluídos, integram a dívida consolidada.

Uma vez excedido o limite máximo ao final de um quadrimestre , é dado prazo de três quadrimestres subsequentes para a eliminação do excesso que deve ser reduzido em pelo menos vinte e cinco por cento (25%) no primeiro quadrimestre.

Enquanto se verificar o excesso, a União, Estados, Distrito Federal e Municípios ficarão:
- proibidos de realizar novas operações de crédito, internas e externas, inclusive por antecipação de receita orçamentária (ARO);

– obrigados a obter resultado primário necessário à recondução da dívida ao limite.

11.7.2 Operações de Crédito

No que tange às operações de crédito, estas são definidas como um compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, as quais poderão incluir o uso de derivativos financeiros. Também se consideram como operação de crédito a assunção, o reconhecimento ou a confissão de dívidas e a concessão de garantias.

Dentre as diversas vedações à contratação de operações de crédito estipuladas pela lei, citam-se:

– realização de operação de crédito entre um ente da Federação, diretamente ou por intermédio de fundo, autarquia, fundação ou empresa estatal dependente, e outro, inclusive suas entidades da administração indireta, ainda que sob a forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente;
– contratação de operação de crédito entre uma instituição financeira estatal e o ente da Federação que a controle, na qualidade de beneficiário do empréstimo;
– assunção de obrigação com fornecedores, sem autorização orçamentária, para pagamento de bens e serviços *a posteriori*.

Destaque-se, ainda, que é vedado ao titular de Poder ou órgão público, nos últimos dois quadrimestres de mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente no prazo de duração desse mandato, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa. E, para fins de determinação da disponibilidade de caixa, serão considerados os encargos e as despesas que tenham sido compromissadas a pagar até o final do exercício.

11.7.3 Antecipação de Receita Orçamentária – ARO

As operações de crédito por Antecipação de Receita Orçamentária (ARO) deverão destinar-se exclusivamente a atender a insuficiência de caixa durante o exercício financeiro e deverão cumprir as exigências da contratação de operações de crédito e, adicionalmente, as seguintes:

– poderão ser realizadas somente a partir do décimo dia do início do exercício (10 de janeiro);
– deverão ser liquidadas, com juros e outros encargos incidentes, até o dia dez de dezembro de cada ano;
– não serão autorizadas se forem cobrados outros encargos que não a taxa de juros da operação, obrigatoriamente pré-fixada ou indexada à taxa básica financeira, ou a que vier a esta substituir;
– as operações de crédito por ARO ficam proibidas enquanto existir operação anterior da mesma natureza não integralmente resgatada ou no último ano de mandato do Presidente, Governador ou Prefeito.

11.7.4 Restos a Pagar

Nos dois últimos quadrimestres do último ano de mandato, é vedada ao governante contrair obrigação de despesa que não possa ser paga no mesmo exercício. Se isso ocorrer, o governante deverá assegurar disponibilidade de caixa para o exercício seguinte.

11.8 GESTÃO PATRIMONIAL

A Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, em seus artigos 43 a 47, instituiu regramento acerca das disponibilidades de caixa e da preservação do patrimônio público, bem como quanto ao que diz respeito às empresas controladas pelo setor público.

Houve a definição de que as disponibilidades de caixa dos entes da Federação deverão ser depositadas conforme estabelecido no § 3º do artigo 164 da Constituição Federal de 1988; ou seja, as disponibilidades de caixa da União serão depositadas no Banco Central e as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou das entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei.

No que se refere à preservação do patrimônio público, é vedada a aplicação da receita de capital derivada da alienação de bens e direitos que integram o patrimônio público para o financiamento de despesa corrente, salvo se destinada por lei aos regimes de previdência social, geral e próprio dos servidores públicos. Há, ainda, a determinação de que a lei orçamentária e as leis de créditos adicionais só poderão incluir novos projetos após adequadamente atendidos os que estão em andamento e contempladas as despesas de conservação do patrimônio público, nos termos em que dispuser a LDO.

Encontra-se prevista a possibilidade de que uma empresa controlada pelo Poder Público, que celebrar contrato de gestão em que se estabeleçam objetivos e metas de desempenho, na forma da lei, poderá dispor de autonomia gerencial, orçamentária e financeira.

11.9 TRANSPARÊNCIA E CONTROLE DA GESTÃO FISCAL

Uma inovação importante introduzida pela LRF foi a transparência na gestão fiscal como forma de viabilizar maior participação da sociedade na gestão e na fiscalização quanto à aplicação dos recursos públicos. Destaca-se a obrigatoriedade de que o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei do Orçamento sejam discutidos pela sociedade em audiências públicas.

Além disso, foram regulamentados o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal, que contêm importantes informações sobre a execução orçamentária e o respeito aos limites estabelecidos pela lei. Tais relatórios, assim como a contabilidade, deverão estar disponíveis para quem quiser acessá-los, e deverá ser garantida a sua ampla divulgação, aí incluindo-se os meios eletrônicos (por exemplo, a internet).

Quanto à escrituração e à respectiva consolidação contábil das contas públicas, foram introduzidos alguns aspectos modificadores em relação à orientação, até então traçada pela Lei Federal nº 4.320/64, destacando-se os seguintes:

I – escrituração individualizada e identificação das disponibilidades em caixa, segregando os recursos vinculados a órgão, fundo ou despesa obrigatória;
II – registro das despesas pelo regime de competência do exercício, devendo ser apurado, em caráter complementar, o resultado dos fluxos financeiros pelo regime de caixa;
III – demonstrações contábeis consolidadas, abrangendo, além da administração direta, autárquica e fundacional, as empresas estatais dependentes;
IV – demonstrativos financeiros e orçamentários específicos para as receitas e as despesas previdenciárias;
V – montante e variação da dívida pública no período, detalhando, pelo menos, a natureza e o tipo de credor;
VI – origem e destino dos recursos provenientes de alienações de ativos destacados na Demonstração das Variações Patrimoniais;
VII – avaliação e acompanhamento da gestão, efetuados mediante Sistema de Custos;
VIII – edição de normas gerais para a consolidação das contas públicas pelo órgão central de Contabilidade da União.

No que diz respeito à fiscalização da gestão fiscal, esta é de competência do Poder Legislativo, diretamente ou com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado – TCE, e do sistema de controle interno de que trata o artigo 76 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul. Será fiscalizada a qualidade do Relatório Resumido da Execução Orçamentária e do Relatório de Gestão Fiscal. E, acentue-se, parecer adverso do TCE impedirá o ente público de receber valores a título de transferências voluntárias.

Os órgãos de controle fiscalizarão o cumprimento dessa Lei Complementar, com ênfase, em especial, para:

a) o alcance das metas previstas na LDO;
b) os limites e as condições para a realização de operações de crédito e inscrição em Restos a Pagar;
c) as medidas adotadas para o retorno da despesa total com pessoal ao respectivo limite;
d) as providências tomadas para recondução das dívidas consolidada e mobiliária aos respectivos limites;
e) a destinação de recursos obtidos com a alienação de ativos, verificando se o produto de venda de ações, prédios públicos e demais bens permanentes foi aplicado, de fato, em despesa de

capital ou destinado por lei aos regimes de previdência social, geral e próprio dos servidores públicos;

f) a verificação se os sistemas de previdência dos servidores estão sendo avaliados do ponto de vista financeiro e atuarial;
g) a verificação se as Câmaras de Vereadores estão obedecendo aos limites de gasto fixados na Constituição e na LRF.

O TCE acompanhará a execução orçamentária dos órgãos jurisdicionados, alertando-os quando cometerem, ou estiverem na iminência de cometer, desvios fiscais, especialmente quando:

– as receitas evoluírem abaixo do esperado ou a dívida consolidada superar os limites fixados e, diante de uma ou outra causa, a Administração não adotar providência de "congelamento" das dotações e quotas financeiras.
– o estoque da dívida consolidada se apresentar superior a 90% do limite máximo estabelecido em Resolução do Senado Federal.
– a despesa com pessoal ultrapassar 90% do limite máximo estabelecido na Lei Fiscal, o chamado limite prudencial.

Em 28 de maio de 2009, entrou em vigor a Lei Complementar Federal nº 131, que promoveu alterações na Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Como forma de instrumentalizar a participação popular no processo de elaboração e discussão dos planos, das leis de diretrizes orçamentárias e dos orçamentos públicos, tal lei previu que a transparência na gestão pública será assegurada mediante incentivo à realização de audiências públicas, as quais possibilitam uma maior participação popular.

A novel legislação também determinou que a disponibilização de informações relativas à execução orçamentária ocorra em tempo real e com o uso de meios eletrônicos de acesso ao público, adotando-se um sistema integrado de administração e controle que atenda a um padrão mínimo. Essas informações devem abranger todos os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução da despesa, no momento de sua realização; também devem conter o número do processo e o bem fornecido ou o serviço prestado ao Poder Público, bem como a indicação do beneficiário do pagamento e do respectivo procedimento licitatório, quando tiver sido realizado. No que se refere à receita pública, também há o dever de transparência, sendo obrigatória a indicação do lançamento e do recebimento de toda a receita das unidades gestoras, até mesmo quanto aos recursos extraordinários.

Para que sejam atendidas as inovações trazidas pela Lei Complementar Federal nº 131/09, o legislador fixou o prazo de um ano para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios com mais de cem mil habitantes. Esse prazo será aumentado para dois anos quando se tratar de Municípios que tenham entre cinquenta e cem mil habitantes e, por fim, para quatro anos se Municípios com até cinquenta mil habitantes. O eventual não atendimento desses prazos sujeitará o ente público à sanção prevista no inciso I do § 3º do artigo 23 da LRF, que corresponde à impossibilidade de receber transferências voluntárias de outro ente.

No âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, com a disponibilização, no ano de 2010, do Portal denominado Transparência RS, a referida norma federal restou atendida na sua quase integralidade, eis que todo cidadão ou toda entidade da sociedade civil, utilizando a internet, têm condições de, por exemplo, acessar dados relativos à execução orçamentária – empenho, liquidação e pagamento da despesa pública – dos órgãos e entidades públicas estaduais, englobando todos os Poderes. Como qualquer sistema complexo novo, contudo, existem melhorias e adaptações a serem realizadas com o objetivo de disponibilizar mais dados e informações, asseverando, assim, uma maior transparência das contas públicas.

Nesse contexto, a fiscalização quanto ao cumprimento das disposições da Lei Complementar Federal nº 101/2000 será ampla, uma vez que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato pode denunciar ao Tribunal de Contas e ao órgão competente do Ministério Público o seu descumprimento.

12. LICITAÇÃO

Sumário: 12.1 Definição e Considerações Gerais - **12.2** Legislação - **12.3** Requisitos - **12.4** Princípios - **12.5** Hipóteses de Não Realização da Licitação - **12.5.1** Licitação Inexigível - **12.5.2** Licitação Dispensável - **12.5.3** Licitação Dispensada - **12.5.4** Requisitos Gerais para Dispensa e Inexigibilidade de Licitação – **12.5.5** Cotação Eletrônica **12.6** Tipos - **12.7** Modalidades – **12.8**. Tratamento Diferenciado em Licitações – Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - **12.8.1**. Regras Instituidoras de Preferência de Contratação para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - **12.8.2**. Licitações com regras diferenciadas para microempresas e empresas de pequeno porte - **12.9** Procedimento Licitatório - **12.9.1** Fase Interna - **12.9.2** Fase Externa **12.10** Sistema de Registro de Preços - **12.10.1** Vantagens do SRP - **12.10.2** Implantação do SRP - **12.10.3** Contratação via SRP - **12.10.4** Adesão a Atas de Registro de Preços - **12.10.5** Pontos críticos do SRP - **12.11** Recursos Administrativos - **12.12** Anulação e Revogação da Licitação - **12.13** Crimes Licitatórios - **12.14** Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC -**12.14.1** Introdução - **12.14.2** Abrangência - **12.14.3** Objetivos - **12.14.4** Diretrizes - **12.14.5** Inovações à Lei Geral de Licitações.

12.1 DEFINIÇÃO E CONSIDERAÇÕES GERAIS

A Administração Pública, para a realização das finalidades que lhe são constitucionalmente atribuídas, necessita celebrar contratos com particulares para a realização de obras, serviços, compras, alienação de bens e locação, sempre destinados à satisfação do interesse público. Salvaguardando a moralidade administrativa e evitando que o interesse público se curve diante de intervenções ilegítimas de particulares, a Constituição Federal de 1988 estabelece como regra a realização do procedimento licitatório nas contratações públicas.

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado em lei e conduzido por um órgão ou entidade dotado de competência específica, por meio do qual a Administração Pública, mediante ato administrativo prévio, define critérios objetivos para a seleção da proposta mais vantajosa, visando à contratação com terceiros de obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações, assegurando isonomia aos interessados em contratar com o Poder Público.

Com o advento da Lei Federal nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, incluiu-se também como objetivo da licitação, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, possibilitando o estabelecimento de margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras.

A obrigatoriedade de licitação é uma regra que decorre diretamente da Constituição federal, consoante dispõe o seu artigo 37, havendo exceções previstas em lei. O dever de licitar alcança os órgãos da Administração Direta, os Fundos Especiais, as Autarquias, as Fundações Públicas, as Empresas Públicas, as Sociedades de Economia Mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, como determina o parágrafo único do artigo 1º da Lei Federal nº 8.666/93.

Também estão obrigados a licitar os Consórcios Públicos, pois, apesar de não estarem expressamente previstos no parágrafo único do artigo 1º da Lei Federal nº 8.666/93, realizando uma interpretação sistemática, conclui-se, pela leitura do § 8º do artigo 23 e do § 1º do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93, e também do § 2º do artigo 6º da Lei Federal nº 11.107/05, que a obrigatoriedade de licitar também se estende a essas pessoas jurídicas, sejam elas constituídas sob a forma de pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado.

Ainda na esteira das inovações legislativas, houve a edição da Lei Federal nº 12.232, de 29 de abril de 2010, que dispôs sobre normas gerais específicas para licitação e contratação pela Administração Pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda. Nos termos do artigo 2º, considera-se serviço de publicidade o conjunto de atividades realizadas integradamente que tenham por objetivo o estudo, o planejamento, a conceituação, a concepção, a criação, a execução interna, a intermediação e a supervisão da execução externa e a distribuição de publicidade aos veículos e demais meios de divulgação,

com o objetivo de promover a venda de bens ou serviços de qualquer natureza, difundir ideias ou informar o público em geral. Ao dispor sobre normas gerais, tal diploma normativo aplica-se a todos os entes federados, devendo, assim, ser observado no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul.

Ratifique-se que a realização do procedimento licitatório visa a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, bem como a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, assegurando-se a participação igualitária no certame a todos aqueles que apresentem as condições legais e as previstas no edital de licitação. Essas finalidades também podem ser visualizadas pela leitura do artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93.

12.2 LEGISLAÇÃO

- Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993
- Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002
- Lei Complementar 123, de 15 de dezembro de 2006
- Lei Federal nº 12.232, de 29 de abril de 2010
- Lei Complementar 139, de 10 de novembro de 2011
- Lei Estadual nº 10.066, de 17 de janeiro de 1994
- Lei Estadual nº 11.389, de 25 de novembro de 1999
- Lei Estadual nº 13.179, de 10 de junho de 2009
- Lei Estadual nº 13.191, de 30 de junho de 2009
- Decreto Estadual nº 35.643, de 16 de novembro de 1994
- Decreto Estadual nº 35.994, de 24 de maio de 1995
- Decreto Estadual nº 36.601, de 10 de abril de 1996
- Decreto Estadual nº 37.288, de 10 de março 1997
- Decreto Estadual nº 37.297, de 13 de março 1997
- Decreto Estadual nº 42.020, de 16 de dezembro de 2002
- Decreto Estadual nº 42.434, de 09 de novembro de 2003
- Decreto Estadual nº 44.732, de 20 de novembro de 2006
- Decreto Estadual nº 45.375, de 04 de dezembro de 2007
- Decreto Estadual nº 46.684, de 14 de outubro de 2009
- Decreto Estadual nº 49.291, de 26 de junho de 2012
- Decreto Estadual nº 50.274, de 24 de abril de 2013

12.3 REQUISITOS

Para a realização do procedimento licitatório, alguns requisitos são indispensáveis. Os requisitos gerais são aqueles que devem estar presentes para a realização de todo e qualquer procedimento licitatório; os requisitos específicos são exigíveis apenas em relação a determinados objetos ou em face de circunstâncias especiais.

Constituem-se requisitos gerais

- a abertura de processo administrativo, contendo a autorização expressa de autoridade competente,
- a indicação do recurso para a realização da despesa,
- a definição clara do objeto a ser licitado e do preço máximo aceitável (unitário e global),
- a aprovação da minuta de ato convocatório pela assessoria jurídica do órgão ou da entidade respectivos.

Nas licitações para a contratação de obras e serviços, há exigência também da apresentação:

- de projeto básico e/ou executivo,
- da previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes do que for executado no exercício em curso,
- da confecção de orçamento detalhado dos custos unitários e
- de cronograma físico-financeiro, com a programação da totalidade do objeto,
- da indicação do produto contemplado no Plano Plurianual para despesas de capital e programas de duração continuada (que excede o exercício financeiro).

12.4 PRINCÍPIOS

A Lei Federal nº 8.666/93, em seu artigo 3º, arrola uma série de princípios que devem ser observados pelo gestor público na realização de um certame licitatório.

Dentre esses princípios, destacam-se os seguintes:

Legalidade – Significa a submissão do administrador público aos ditames legais, o que, no campo das licitações, indica a necessária observância das normas legais na condução do procedimento licitatório. Dentre outras situações, o gestor escolherá a modalidade licitatória e o tipo de licitação adequados, observará os prazos das publicações dos avisos por edital e deixará de realizar a licitação apenas nas hipóteses expressamente admitidas em lei.

Impessoalidade – Impõe, no procedimento licitatório, o oferecimento de mesmo tratamento a todos os administrados que estiverem em igual situação jurídica, afastando a possibilidade de qualquer discriminação ou preferência. O benefício obtido com este princípio é uma maior especificidade em relação ao princípio da igualdade previsto na Constituição Federal, nos artigos 5º e 37. O princípio da impessoalidade, porém, não impede que se dê tratamento jurídico diferenciado a pessoas que estejam em situações distintas, como ocorre com as microempresas e as empresas de pequeno porte, nos termos da Lei Complementar Federal nº 123/06.

Igualdade – Assemelha-se muito ao princípio da impessoalidade, pois, pela garantia da igualdade, assegura-se igual oportunidade a todos aqueles que tenham interesse em participar da licitação, desde que comprovem aptidão para o cumprimento do objeto contratado. Da mesma forma, afronta este princípio, o tratamento igualitário àqueles que se apresentam desiguais. Neste aspecto, ganha relevância a adequada especificação do objeto a ser contratado.

Publicidade – Visa garantir a todos os interessados o mais amplo conhecimento acerca do andamento do procedimento licitatório. Além dos licitantes, podem ter acesso às informações, qualquer pessoa que demonstre interesse pelo assunto. A publicidade dos atos da Administração Pública, em especial os concernentes às licitações públicas, permite o fortalecimento do controle social. Essa publicidade vem expressa no § 3º do artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93, o qual veda a atribuição de caráter sigiloso ao procedimento, ressalvado o conteúdo das propostas até a abertura dos respectivos envelopes.

Moralidade e probidade administrativa – Impõem condutas pautadas por valores éticos: deve o gestor público agir com honestidade e boa-fé na condução do procedimento licitatório. O dever de probidade, quando violado, impõe aos agentes públicos as consequências estabelecidas na Lei Federal nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), merecendo especial referência as condutas previstas no artigo 10, incisos IV, V e VIII, da referida lei.

Vinculação ao instrumento convocatório – Previsto no artigo 41 da Lei Federal nº 8.666/93, impede que a Administração Pública, durante a licitação, se afaste das normas e condições estabelecidas no edital ou convite. Com base nesse princípio, pode-se afirmar que o instrumento convocatório é a lei interna da licitação, guiando o seu processamento e estabelecendo os parâmetros para a formalização do futuro contrato administrativo.

O descumprimento deste princípio poderá determinar a anulação do procedimento por vias administrativas ou judiciais. Anote-se, porém, que não estão vedadas peremptoriamente alterações nas condições do certame, previamente ao recebimento das propostas. Nesse caso, as modificações deverão ser divulgadas através dos mesmos meios utilizados para a divulgação do edital ou convite. Quando as novas condições influenciarem a elaboração da proposta, fica obrigada a reabertura do prazo de divulgação.

Julgamento objetivo – Trata-se de um comando em que julgar *objetivamente* significa julgar de acordo com critérios previamente definidos, vedando-se ao agente público a possibilidade de escolher segundo preferências pessoais. O artigo 45 da Lei Federal nº 8.666/93 reafirma o dever de julgar objetivamente, conforme o tipo de licitação escolhido e os critérios previamente definidos no instrumento convocatório.

12.5 HIPÓTESES DE NÃO REALIZAÇÃO DA LICITAÇÃO

A regra geral imposta pelo princípio constitucional é que, existindo viabilidade de competição, deve haver licitação para selecionar a proposta mais vantajosa à Administração Pública. Entretanto, há situações em que o legislador admite a possibilidade de celebração de contratos sem a prévia realização do procedi-

mento licitatório. São as chamadas hipóteses de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, em que o ente público promove a contratação direta do particular.

Registre-se que somente o ordenador de despesa tem competência para autorizar dispensa ou inexigibilidade de licitação, devendo tal ato ser ratificado pela autoridade à qual está subordinado.

12.5.1 Licitação Inexigível

A Lei Federal nº 8.666/93 estabelece que, para os casos nos quais não é possível a existência de competição entre interessados, a realização do procedimento licitatório é inviável, logo inexigível. Poderá haver inviabilidade de competição em diversas situações, daí ser exemplificativo o rol descrito no artigo 25 da Lei de Licitações acima referida. A seguir, fazem-se breves comentários sobre cada uma dessas situações de inexigibilidade.

a) **Fornecedor exclusivo** – quando o interesse público só puder ser satisfeito com a compra de materiais, equipamentos ou gêneros fornecidos por produtor, empresa ou representante legal exclusivo, torna-se inviável a competição e inexigível a licitação.

Em relação a essa hipótese de inexigibilidade, é imperiosa a necessidade de vigorosa motivação para comprovar a existência de uma única alternativa para satisfazer determinada carência e que esta somente possa ser fornecida por uma única pessoa. Veda-se, aqui, a definição do objeto em razão de preferências por marcas, desvinculadas de qualquer critério objetivo de avaliação. A exclusividade do fornecedor deve ser demonstrada mediante atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local onde se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, pela Federação ou pela Confederação Patronal, ou por entidades equivalentes.

Questão bastante divergente na doutrina diz respeito à abrangência territorial na qual deve se verificar a existência de fornecedor exclusivo. A solução da questão requer a aplicação dos princípios da obrigatoriedade da licitação e da razoabilidade. Quando o administrador entender que haverá interessados em participar do certame, ainda que suas sedes estejam situadas em localidades diversas, deverá privilegiar a realização da licitação.

Quando, porém, houver fornecedor único na localidade da repartição interessada, situação que precisa ser atestada pelos órgãos e pelas entidades indicadas na Lei de Licitações, e o objeto e o valor do contrato indicarem que não acudirão interessados de outras praças, não deverá ser procedida a licitação, eis que o custo com a sua realização e a sua vocação ao insucesso não a recomendam.

b) **Serviços de natureza singular, com empresas ou profissionais de notória especialização** – É inexigível a licitação quando se tratar da contratação de serviços técnicos com profissionais ou empresas de notória especialização, excetuados os serviços de publicidade e de divulgação.

São considerados serviços técnicos especializados (Art. 13):

I – estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
II – pareceres, perícias e avaliações em geral;
III – assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
IV – fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
V – patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
VI – treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
VII – restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

Já a singularidade é a característica do bem ou serviço, distinguindo-o dos demais, ou seja, a presença de um atributo incomum, diferenciador. A singularidade do objeto não está associada à noção de preço, de dimensões, de localidade, de cor ou de forma; ela deve ter em vista o interesse público. Não é lícito, por evidente, o excesso de especificações injustificadas até o ponto de singularizar um objeto, buscando esquivar-se da licitação.

De outra parte, de notória especialização, conforme o § 1º do artigo 25 da Lei de Licitações, considera-se o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é, essencial e indiscutivelmente, o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

A lei não exige que o serviço seja, exclusivamente, prestado por um único profissional; entretanto, a contratação do profissional ou da empresa especializada deve orientar-se pelo princípio da economicidade, o que desaconselha grandes dispêndios em honorários quando houver mais de uma pessoa/empresa apta a prestar o serviço. Se o administrador tiver dúvidas sobre a submissão da hipótese às causas de inexigibilidade de licitação, sugere-se que seja desencadeado tal procedimento.

c) **Artistas consagrados** – Os artistas consagrados pela crítica ou pela opinião pública podem ser contratados sem licitação, nos termos do artigo 25, III, da Lei Federal nº 8.666/93. Não se exige, contudo, a unanimidade de opiniões acerca do seu trabalho, já que aspectos subjetivos estão envolvidos nas preferências artísticas locais ou regionais.

Em qualquer circunstância, entretanto, a contratação por inexigibilidade deverá ser suficientemente motivada, com especial atenção a incidência de superfaturamento, pois está condicionada ao interesse público e subordinada aos princípios que regem a atividade administrativa, com destaque à economicidade, à impessoalidade e à moralidade.

12.5.2 Licitação Dispensável

A licitação será dispensável nos casos em que, mesmo sendo possível a competição entre eventuais interessados, razões de inegável interesse público permitiriam a contratação direta. No entanto, apesar da faculdade de dispensar a licitação, o ato de dispensa deverá ser devidamente motivado, indicando-se com clareza as circunstâncias que conduzem à satisfação do interesse público pela contratação direta.

Os casos que dispensam a licitação estão limitados aos dispostos nos incisos I a XXXIII do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93, não podendo o administrador público deles se afastar.

Em face dos propósitos deste trabalho, não serão examinadas todas as hipóteses de licitação dispensável, legalmente previstas nos incisos supracitados. Este texto limita-se apenas aos casos mais recorrentes para a Administração Pública Estadual, a seguir especificados:

a) **Compras, obras e serviços de pequeno valor (incisos I e II)** – Quando o objeto da licitação for a contratação de obras e serviços de engenharia de pequeno valor, assim entendidos quando os valores não forem superiores a 10% do limite aplicável à modalidade de convite, previsto no artigo 23, I, "a", da Lei Federal nº 8.666/93, é possível dispensar-se a realização de licitação.

Atualmente, será dispensada a licitação para a contratação de obras e serviços de engenharia cujo valor não ultrapassar R$ 15.000,00. Esse limite será majorado para R$ 30.000,00, ou seja, 20% do valor previsto na mencionada lei (artigo 23, I, "a"), quando o licitante for consórcio público, sociedade de economia mista, empresa pública ou for autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas.

Também será dispensável a licitação nos casos de serviços e compras, quando o valor não superar o percentual de 10% do limite previsto no artigo 23, II, "a", da Lei nº 8.666/93, o que representa atualmente R$ 8.000,00. Esse limite também será majorado quando o licitante for consórcio público, sociedade de economia mista, empresa pública ou for autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas. Nesse caso, o limite de 20% do valor constante no referido dispositivo legal resultará em R$ 16.000,00.

Ainda no tocante ao tema, merece especial atenção a impossibilidade de dispensar a realização de licitação com base nos incisos I e II do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93 quando houver o fracionamento de contratações que poderiam ser realizadas conjunta e concomitantemente.

Registre-se, ainda, a exigência, prevista na Lei Estadual nº 13.179/09 (em vigor desde 13 de agosto de 2009), de que as aquisições de bens e a contratação de serviços de pequeno valor (incisos I e II do artigo 24) deverão ser realizadas por meio da chamada Cotação Eletrônica de Preços. A exceção dá-se nos casos de a inviabilidade ser comprovada e justificada pela autoridade competente.

A Cotação Eletrônica de Preços será realizada por meio de um sistema eletrônico que promova a comunicação via internet. Será exigido o encaminhamento e o registro eletrônico de propostas, com possibilidade de apresentação de lances sucessivos em valor inferior ao último preço registrado durante o período definido.

b) **Emergência ou calamidade pública (inciso IV)** – Essas hipóteses de contratação direta, por dispensa de licitação, visam a evitar prejuízos e preservar a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares. A dispensa de licitação, nesses casos, somente será possível para

aquilo que for urgente para o atendimento da situação anômala. A execução das obras, dos serviços e dos fornecimentos não deve exceder o prazo de 180 dias da situação excepcional.

O Tribunal de Contas da União – TCU, instado a se manifestar sobre essa hipótese de licitação dispensável, asseverou alguns traços característicos dessas situações emergenciais e calamitosas. Disse a mencionada Corte de Contas, no Acórdão nº 347/1994, do seu Plenário,

> que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não deve ter sido originada, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou ao dolo do agente público que tinha, na ocasião, o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação.

Também sustentou que deverá existir "uma urgência concreta e efetiva do atendimento à situação decorrente do estado emergencial ou calamitoso, visando a afastar risco de danos a bens, à saúde ou à vida de pessoas". O risco, além de concreto e efetivamente provável, deve-se mostrar iminente e especialmente gravoso. Deve, ainda, ser comprovado pelo administrador público

> que a imediata efetivação, por meio de contratação com terceiro, de determinada obra, serviço ou compra, segundo as especificações e os quantitativos tecnicamente apurados, seja o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco detectado.

Entretanto consta do Acordão 1.876-2007 – Plenário que:

> 1. A situação prevista no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93 não distingue a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrativa, sendo cabível, em ambas as hipóteses, a contratação direta, desde que devidamente caracterizada a urgência de atendimento a situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares. 2. A incúria ou inércia administrativa caracteriza-se em relação ao comportamento individual de determinado agente público, não sendo possível falar-se da existência de tais situações de forma genérica, sem individualização de culpas.

c) **Quando não acudirem interessados (inciso V)** – Para que se dispense a licitação por ausência de interessados, imprescindível, por óbvio, que tenha havido licitação anterior, à qual não compareceram interessados em contratar com o ente público. Além da falta de licitantes, deve ser demonstrada a possibilidade de advirem prejuízos com a realização de novo procedimento licitatório, o que enseja a contratação direta. Para que esta seja possível, em homenagem ao princípio da isonomia, o contrato deverá preservar as mesmas condições apresentadas na licitação anterior. Sublinhe-se, porém, que o reajuste dos preços para compensar a inflação apurada no período não é considerado alteração em relação à licitação anterior.

Complementarmente, cabe trazer a observação contida no Acórdão n º 655/95 – TCU – Plenário:

> há que se observar que a falta de resposta ao ato convocatório se dá em razão da ausência de concorrentes, da inabilitação dos eventuais interessados ou, ainda, em razão de inexistência de propostas válidas. Nesse sentido, não prosperam dúvidas de que, uma vez que qualquer dessas três hipóteses venha a ocorrer, o certame licitatório se frustrará e a condição estará cumprida.

d) **Aquisição de bens e serviços de órgão ou entidade da Administração (inciso VIII)** – A Lei de Licitações autoriza a contratação, sem licitação, de bens e serviços prestados por órgão ou entidade que integrem a própria Administração e que tenham sido criados para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei (22 de junho de 1993), e desde que os valores sejam compatíveis com os praticados no mercado.

e) **Contratação de instituição de pesquisa, de ensino ou de desenvolvimento institucional (inciso XIII)** – A dispensa de licitação ocorre na hipótese da contratação de instituição brasileira, cujo objeto social previsto em estatuto ou regimento esteja relacionado a atividades de pesquisa, de ensino ou de desenvolvimento institucional, desde que a entidade contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos.

Para ser autorizada tal contratação direta, faz-se necessária a devida justificativa, bem como a comprovação, em processo administrativo, da presença de todos os requisitos legais. Assim, no mínimo, deverão ser apresentados: o estatuto ou o regimento da instituição brasileira que se pretende contratar, devendo estar explícita a ausência de finalidade lucrativa e conter a previsão de que, dentre suas finalidades e atividades, encontram-se a pesquisa, o ensino ou o desenvolvimento institucional, e atestados ou outros documentos que comprovem que a instituição detém inquestionável reputação ético-profissional quanto ao objeto a ser contratado (pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional).

Cabe destacar, ainda, que tal permissivo legal de dispensa somente poderá ser utilizado quando o objeto a ser contratado referir-se, inequivocamente, à pesquisa, ao ensino ou ao desenvolvimento institucional.

f) **Impressão de diários oficiais e prestação de serviços de informática (inciso XVI)** – Essa hipótese de dispensa autoriza a contratação direta de órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública e que tenham sido criados para os seguintes fins específicos: impressão de diários oficiais, de formulários padronizados de uso da Administração e de edições técnicas oficiais e prestação de serviços de informática.

g) **Contratação de prestação de serviços com organizações sociais (inciso XXIV)** – Organizações sociais são associações civis ou fundações, constituídas e organizadas sob regime jurídico de direito privado, que, sem fins lucrativos, estão voltadas ao desempenho de atividades de natureza pública, não integrando, contudo, a Administração Pública Direta ou Indireta. Os requisitos que devem ser observados pelas pessoas jurídicas de direito privado para que recebam a qualificação de organizações sociais estão estabelecidos na Lei Federal nº 9.637/98.

A dispensa de licitação para a contratação dessas organizações sociais é orientada pela formação de parcerias entre o Estado e a sociedade civil organizada, visando à implementação de políticas públicas. Firmado o contrato de gestão no âmbito da cada esfera de Governo, admite-se a contratação direta de organizações sociais assim qualificadas para a prestação de serviços.

12.5.3 Licitação Dispensada

A licitação pública está dispensada nos casos elencados no artigo 17, incisos I e II, da Lei Federal nº 8.666/93, que tratam da alienação por dação em pagamento, doação, permuta, investidura, venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública, alienação de imóveis em programas habitacionais, doação ou permuta de bens móveis, venda de ações, venda de títulos, venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades, e venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe.

Em qualquer das situações de dispensa anteriormente indicadas, fica o administrador público obrigado a proceder à avaliação prévia dos bens e justificar por que a alienação satisfaz o interesse público. Quando se tratar de alienação de bens imóveis, é exigida a prévia autorização legislativa para a prática do ato.

12.5.4 Requisitos Gerais para Dispensa e Inexigibilidade de Licitação

O artigo 26 da Lei de Licitações traz uma série de pressupostos ou requisitos que são considerados essenciais para a validade do ato administrativo de dispensa ou de inexigibilidade de licitação.

Assim, exceto na hipótese de dispensa pelo valor (incisos I e II do artigo 24), todos os processos de dispensa ou de inexigibilidade de licitação devem ser instruídos, no que couber, com os seguintes elementos:

- justificativa da dispensa ou da inexigibilidade;
- caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa;
- razão da escolha do fornecedor;
- justificativa do preço, e
- documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Além disso, a decisão de contratar por dispensa ou por inexigibilidade deverá ser comunicada, dentro de três dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação no Diário Oficial, no prazo de cinco dias, como condição de eficácia para os respectivos atos de dispensa ou de inexigibilidade.

12.5.5 Cotação eletrônica

Segundo o artigo 2º da Lei nº 13.179/09, as aquisições de bens e a contratação de serviços de pequeno valor que se enquadram na hipótese de dispensa de licitação prevista no inciso II do artigo 24 da Lei Federal n° 8.666/93, deverão ser realizadas por meio da cotação eletrônica de preços, salvo nos casos de inviabilidade a ser comprovada e justificada pela autoridade competente.

12.6 TIPOS

A Lei de Licitações estabelece, em seu artigo 45, *quatro* tipos de licitação – descritos a seguir –, definidos a partir do critério de julgamento que será adotado pela Administração Pública para a escolha da proposta mais vantajosa. Estes tipos não se aplicam à modalidade de licitação denominada *concurso*. Não pode o administrador eleger, ao seu alvitre, outro tipo de licitação ou critério de julgamento que não os previstos no artigo 45, conforme vedação contida no seu § 5º.

a) **Menor preço** – Nesse tipo de licitação, prepondera, para o efeito da escolha da proposta mais vantajosa, o critério do menor preço; contudo, embora o critério seja esse, a Administração Pública deve estabelecer requisitos mínimos de qualidade quanto ao objeto a ser contratado, evitando, ainda, estipular detalhamentos e exigências excessivas e desnecessárias, o que poderia resultar na restrição de competição ou, o que seria mais grave, no direcionamento do certame a um determinado licitante. Uma vez apresentadas as propostas e atendidos os requisitos indicados quanto ao objeto, seleciona-se a proposta que apresentar o menor preço. Essa é a regra geral, porém, como forma de se resguardar a qualidade dos produtos ofertados, pode o administrador exigir dos licitantes a apresentação de amostras, excluindo do certame aquelas que não atenderem aos requisitos mínimos de qualidade previstos no instrumento convocatório.

Apesar de a contratação pelo menor preço interessar à Administração, nem sempre tal procedimento será possível. Há situações em que, por imprudência dos licitantes ou por outras razões, a proposta apresentada revela-se inexequível. A Lei Federal nº 8.666/93, no inciso II, do seu artigo 48, considera inexequíveis as propostas que não venham a ter demonstrada sua viabilidade mediante documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação. Na hipótese de a proposta apresentada ser considerada inexequível, ela será desclassificada.

Com a inserção da promoção do desenvolvimento nacional sustentável como um dos objetivos da licitação, relativiza-se o critério do menor preço quando presentes as condições para que se considere a margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras, nos termos do que dispõe o artigo 3º, §§ 5º a 13, da Lei Federal nº 8.666/93.

Pode ser entendido como critério de menor preço a escolha da proposta que determinar o menor desembolso para a Administração, como por exemplo, a que ofereça o maior desconto sobre determinado valor de referência. O mesmo não acontece com a "menor taxa de administração", critério que deixou de existir com o advento da Lei 8.666/93.

b) **Melhor técnica** – Será possível licitar pelo critério de melhor técnica quando a contratação versar sobre serviços de natureza predominantemente intelectual. Esse tipo de licitação tem como fator determinante, na seleção da proposta vencedora, a qualidade e as especificidades necessárias ao atendimento do interesse público. As atividades contratadas por meio desse tipo de licitação envolvem conhecimentos de elevado nível ou o domínio de tecnologia avançada. Apesar disso, não se está diante de hipótese de inexigibilidade, pois haverá mais de uma pessoa, física ou jurídica, apta a prestar o serviço necessário ao atendimento do interesse público.

São exemplos de serviços de natureza eminentemente intelectual os de elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral. O rol legalmente previsto no artigo 46 da Lei de Licitações é meramente exemplificativo, como se depreende da expressão "em especial", contida em tal dispositivo.

Após a classificação das propostas técnicas, serão abertas as propostas de preços dos licitantes que atingiram valoração mínima naquele quesito, de acordo com o instrumento convocatório, utilizando-se como parâmetro de negociação com o melhor classificado, o menor preço apresentado.

c) **Técnica e preço** – Quando o tipo de licitação escolhido for o de técnica e preço, haverá necessariamente uma análise desses dois fatores, sem que haja preponderância de um sobre o outro. Aí reside a principal diferença entre os tipos *menor preço* e *técnica e preço*, haja vista que as hipóteses que autorizam a adoção de ambos são praticamente as mesmas. A despeito de ser destinada precipuamente para a contratação de serviços, tal como no tipo *melhor técnica*, a lei reservou a possibilidade de ser adotado o critério de *técnica e preço* para a contratação de bens e serviços de informática.

Cabe à Administração Pública definir critérios claros e objetivos para exame das propostas técnicas, considerando a capacitação e a experiência do proponente, a qualificação das equipes técnicas e a qualidade técnica da proposta (metodologia, organização, tecnologia e recursos materiais). Na definição dos critérios deverão ser estabelecidos a nota mínima para aceitação da proposta técnica e os pesos atribuídos a cada um dos parâmetros (técnica e preço) para extrair a média ponderada e classificar as propostas.

d) **Maior lance ou oferta** – Aplica-se nas hipóteses de alienação de bens ou concessão de direito real de uso. É cabível em licitações nas modalidades leilão e concorrência.

12.7 MODALIDADES

A Lei Federal nº 8.666/93 previu, em seu artigo 22, a existência de cinco modalidades de licitação. São elas: a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão. Posteriormente, com o advento da Lei Federal nº 10.520/02, foi criada uma sexta modalidade: o pregão. As modalidades de licitação são as que estão expressas na lei, não sendo permitido ao administrador criar uma nova ou mesclar as particularidades de cada uma delas. Nas três primeiras, em regra, a definição da modalidade licitatória é feita em razão do provável valor da contratação, estando os limites de cada uma delas previstos expressamente em lei. O mesmo não ocorre no concurso, no leilão e no pregão.

Cada modalidade licitatória apresenta procedimentos específicos, estruturados de acordo com as particularidades do objeto a ser contratado. Em função disso, apresentam-se, a seguir, as suas definições e principais características.

a) **Concorrência** – É a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto. Utiliza-se a concorrência em contratos de elevado valor, observados os limites legais mínimos. Por ser a modalidade de licitação que tem a maior alçada, em termos de valor e complexidade, a critério da Administração Pública, poderá, como regra, substituir todas as outras modalidades.

Na compra de bens imóveis pela Administração e na alienação ou outorga de concessão de direito real de uso destes, utiliza-se, igualmente, a concorrência, o mesmo acontecendo nas alienações de bens móveis de valor superior ao previsto no artigo 23, II, "b", da Lei Federal nº 8.666/93. Outro caso de utilização da concorrência é o que se dá nas licitações internacionais, exceto se o órgão contratante dispuser de cadastro internacional de fornecedores e o limite for compatível com a modalidade tomada de preços.

Por ser a modalidade indicada para os contratos que envolvam valores mais expressivos, a concorrência é dotada de um maior rigor formal, notadamente se comparada às outras modalidades licitatórias. Além disso, o seu procedimento permite uma maior publicidade, já que conta com prazos mais amplos para manifestação dos interessados, a partir da publicação dos seus editais.

b) Tomada de preços – É a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento, até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação. É adotada em contratos de médio vulto, observados os limites da Lei Federal nº 8.666/93 e ressalvados os casos em que a concorrência seja obrigatória. Também poderá ser utilizada nas situações em que, por conta de fracionamento, couber a tomada de preços, e nas licitações internacionais quando o órgão contratante dispuser de cadastro internacional de fornecedores e o limite for compatível.

c) Convite – Consiste na modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados pela unidade administrativa em número mínimo de três, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse, com antecedência de até 24 horas da apresentação das propostas.

É a modalidade que impõe o menor formalismo, sendo indicada para contratos de valores reduzidos, observados os limites da Lei Federal nº 8.666/93 e ressalvados os casos em que a concorrência for obrigatória. O convite não impõe a publicação de edital para divulgação do interesse da Administração em firmar determinado contrato.

Em sendo o próprio instrumento convocatório, no convite devem estar indicadas as regras que regularão a licitação. Nos termos do § 6º do artigo 22 da Lei Federal nº 8.666/93, a cada novo convite – para objeto idêntico ou assemelhado – é obrigatório o encaminhamento a, no mínimo, mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações.

d) Concurso – Configura-se como a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na Imprensa Oficial com antecedência mínima de 45 dias. Os trabalhos são submetidos à avaliação de uma comissão examinadora constituída para esse específico fim.

Importa destacar que a modalidade licitatória *concurso* não deve ser confundida com o *concurso público* para provimento de cargos e empregos públicos.

e) Leilão – Modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no artigo 19 da Lei Federal nº 8.666/93, cuja aquisição seja derivada de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento.

Em razão da sua utilização para a alienação de bens da Administração, não se mostra compatível com o leilão a manutenção do conteúdo das propostas em sigilo. O interesse da Administração será alcançado pela obtenção do maior valor pela entrega do bem, cuja permanência no seu patrimônio não atende mais ao interesse público. Para que se obtenha o maior lance, é necessário que os interessados conheçam o valor ofertado pelos seus concorrentes, fazendo sucessivas ofertas até que a maior prevaleça.

Para a alienação de bens móveis, utiliza-se o leilão quando o valor de avaliação não ultrapassar ao previsto para a tomada de preços.

f) Pregão – O pregão é a modalidade de licitação instituída pela Lei Federal nº 10.520/02 e regulamentada, pelos Decretos Estaduais nº 42.020/02 e nº 42.434/03 no Estado do RS, e tornado obrigatório na modalidade eletrônico pela Lei Estadual nº 13.191/09. É destinado à aquisição de bens e serviços comuns, definidos pelo parágrafo único do artigo 1º da Lei Federal e pelo § 1º do artigo 2º da Lei Estadual, como aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente enunciados no edital, por meio de especificações usuais de mercado.

Uma importante inovação trazida pela legislação que instituiu o pregão constitui na denominada inversão de fases, fazendo com que a habilitação do vencedor aconteça após o julgamento das propostas de preço. Outras peculiaridades do pregão são a inexistência de um limite de valor para as contratações, a possibilidade de negociação direta entre a Administração Pública e o licitante nos termos da lei, o procedimento mais célere e a condução dos trabalhos por um único servidor, denominado de pregoeiro, auxiliado por uma equipe de apoio.

No Rio Grande do Sul, a contar de 13 de agosto de 2009, passaram a serem observadas as regras e os critérios estabelecidos na Lei Estadual nº 13.191/09, que dispõe sobre o Pregão Eletrônico no âmbito do Estado.

Esta modalidade não se aplica às locações imobiliárias, às alienações em geral, e, nos termos do artigo 2º da Lei Estadual nº 13.191/09, às hipóteses em que se revelar inviável – situação que deverá ser comprovada e justificada pelo gestor – cabendo a substituição pelo pregão presencial, o qual terá preferência em relação às demais modalidades de licitação.

Enfatize-se, por oportuno, que o uso do pregão conduz à desburocratização nos processos de contratação, visto que agrega maior agilidade, celeridade, eficiência e economia nas contratações. Há, ainda, no pregão, maior publicidade e transparência no procedimento, possibilitando um controle social mais efetivo da atividade administrativa.

Diversamente das outras modalidades de licitação, no pregão presencial, é acolhido, com parcimônia, o princípio da oralidade e da simplicidade, visto que admite a manifestação de vontade dos licitantes mediante a verbalização das propostas. Já, no pregão eletrônico, acolhe-se o princípio da celeridade e da racionalidade, uma vez que a licitação é processada de forma ágil e racional. Também fica ampliada a disputa entre os for-

necedores e prestadores de serviço, pois podem apresentar suas propostas cientes dos valores ofertados por seus concorrentes, limitada a disputa, no presencial, àqueles que apresentarem propostas até 10% superiores à melhor proposta ou, não havendo três ofertas enquadradas nesse limite, aos autores das três melhores ofertas.

Em razão da possibilidade de alteração das propostas inicialmente apresentadas, na fase de lances, esta modalidade exige o credenciamento prévio do representante da licitante.

12.8 TRATAMENTO DIFERENCIADO EM LICITAÇÕES – MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

A Lei Complementar nº 123/06 estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos poderes da União e dos Estados. Objetivou, especialmente, regular o disposto na alínea "d" do inciso III do artigo 146 da Constituição Federal, e no parágrafo único deste artigo, ambos acrescentados pela Emenda Constitucional nº 42/2003.

Mas o que são consideradas microempresas ou empresas de pequeno porte? As respostas são oferecidas pelos incisos I e II do artigo 3º da Lei Complementar nº 123/06, segundos os quais consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte: a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o artigo 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que, no caso da microempresa, aufira, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais), e, no caso da empresa de pequeno porte, aufira, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

Caso a empresa inicie atividade no próprio ano calendário, os referidos limites serão proporcionais ao número de meses em que a microempresa ou a empresa de pequeno porte houver exercido atividade.

12.8.1 Regras Instituidoras de Preferência de Contratação para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte

A Lei Complementar nº 123/2006 estabeleceu regras que implicam preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

O artigo 44 da supracitada lei dispõe que nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. Com efeito, o mesmo artigo, em seu §1º, estatui o entendimento de que são consideradas como empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

Todavia, na modalidade pregão, apenas são consideradas "empatadas" as propostas de microempresa e empresas de pequeno porte que sejam até 5% (cinco por cento) superiores ao melhor preço (a modalidade pregão é sempre licitação do tipo menor preço).

Ocorrendo o empate (real ou equiparado), o artigo 45 da Lei Complementar nº 123/06 determina que sejam adotados os seguintes procedimentos:

1) a microempresa e empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;
2) se a microempresa e empresa de pequeno porte mais bem classificada não oferecer proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, serão convocadas as remanescentes, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito (desde que os valores originais das propostas dessas microempresas e empresas de pequeno porte remanescentes enquadrem-se nos critérios de "equiparação a empate" com a proposta vencedora do certame, vistos acima).
3) no caso de serem idênticos os valores das propostas originais apresentadas pelas microempresa e empresa de pequeno porte (e desde que sejam propostas que se enquadrem nos critérios de "equiparação a empate" com a proposta vencedora do certame, vistos acima), será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão (artigo 45, § 3º). Se não for possível, mediante a adoção dos procedimentos acima explicados nos itens 1, 2 e 3 obter uma proposta de ME ou EPP que tenha preço inferior àquela considerada vencedora do certame, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora (artigo 45, §1º).

Em qualquer caso, os procedimentos explicados acima nos itens 1, 2 e 3 somente se aplicam quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por ME ou EPP (artigo 45, §2º).

12.8.2 Licitações com Regras Diferenciadas para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte

A Lei Complementar nº 123/2006 prevê, em seu artigo 47, a possibilidade de a União, os Estados e os Municípios, nas contratações públicas, concederem tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente.

Em seguida, porém, o artigo 48 coloca de forma objetiva os "tratamentos diferenciados e simplificados" que poderão ser concedidos às microempresas e empresas de pequeno porte. Nos termos do citado artigo, poderá a Administração Pública:

1) realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
2) exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% (trinta por cento) do total licitado;
3) estabelecer cota de até 25% do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, em certames para a aquisição de bens públicos e serviços de natureza divisível.

Já o artigo 49 estabelece limites à aplicação do regime. Segundo tal dispositivo, faz-se necessário estabelecer os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte no instrumento convocatório. Para a aplicação do artigo 48, deve haver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes. Ainda, não poderá ser aplicado o regime se o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a Administração Pública ou se representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado. Por último e de elevada relevância, o artigo apregoa que não poderão ser aplicados os critérios do artigo 48 se a licitação for dispensável ou inexigível.

Ainda, é preciso atentar ao fato de que o regime diferenciado não deve ser aplicado nas licitações do tipo *melhor técnica* ou *técnica e preço*. Ainda que em tais licitações possa existir fase na qual se afere a proposta com melhor preço, não há previsão legal no sentido de contratação diferenciada em tais tipos de licitação.

12.9 PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

O procedimento licitatório compreende duas fases distintas: a interna e a externa. Tendo em conta os propósitos deste Manual, serão enfatizados os aspectos mais relevantes da fase interna, já que esta interessa mais diretamente ao gestor público, pelo fato de a fase externa ficar a cargo dos órgãos encarregados de realizar o procedimento, não havendo prejuízo, no entanto, à análise de aspectos relevantes desta última.

12.9.1 Fase Interna

A fase interna é aquela que antecede a divulgação do instrumento convocatório aos potenciais interessados. Nessa fase, serão expostas as razões que vão demonstrar o atendimento dos pressupostos da licitação, tais como a necessidade e a conveniência da contratação, a presença dos pressupostos legais para a contratação, a determinação para que sejam praticados atos preparatórios e feitos levantamentos acerca da exata necessidade administrativa, a definição do objeto da contratação e os requisitos mínimos que devem ser atendidos pelos licitantes. A fase interna encontra-se regulada pelo artigo 38 da Lei Federal nº 8.666/93.

O início da fase interna ocorre com a abertura de um processo administrativo contendo autorização para compra ou contratação de obra ou serviço. Em seguida, deve ser instruído com os elementos necessários e suficientes para caracterizar o objeto (Termo de Referência ou de Especificações Técnicas).

A partir da correta definição do objeto, a instrução deve ser complementada com a determinação do preço máximo aceitável, justificando-o por meio de pesquisa de preços ou confecção de planilhas com a demonstração dos custos unitários e global, como também por orçamentos obtidos junto a fornecedores e prestadores de serviços. Além disso, deve haver previsão de recursos orçamentários suficientes para assegurar o pagamento das obrigações a serem assumidas em razão da contratação.

Quando se tratar de obras e serviços, faz-se imprescindível a existência de um projeto básico/executivo aprovado pela autoridade competente e de orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários.

Concluídas essas etapas, o processo deverá ser enviado ao órgão ou setor encarregado de promover a licitação, para que sejam ultimados os procedimentos da fase externa. Por força de disposição legal, no âmbito do Poder Executivo, à Subsecretaria da Administração Central de Licitações – CELIC compete, em regra, realizar as licitações que envolvem os órgãos públicos, as autarquias e fundações públicas.

12.9.2 Fase Externa

A fase externa da licitação inicia-se com a publicidade seguindo-se o recebimento da documentação e proposta, a habilitação dos licitantes, o recebimento e classificação das propostas. No caso do pregão, ocorre a denominada inversão de fases, em que a análise das propostas antecede a habilitação. Por fim, procede-se a adjudicação do objeto ao licitante vencedor e à homologação do procedimento.

Publicidade - a publicidade se dá pela divulgação da licitação e disponibilização do instrumento convocatório (edital ou convite), por intermédio do qual os interessados são informados das condições de participação no certame licitatório, dos critérios de habilitação e de aceitação das propostas e demais termos da futura contratação. Esta publicidade se concretiza com a publicação de aviso no Diário Oficial e em jornal de grande circulação no Estado. No Convite, está dispensada esta publicação. Nessa modalidade, serão convidados pelo menos três licitantes do ramo pertinente, priorizando-se os fornecedores cadastrados e os que atuem na região onde serão prestados os serviços ou fornecidos os materiais. Suplementarmente será dada publicidade ao Convite mediante afixação do instrumento convocatório em local apropriado, de livre acesso ao público em geral. Os prazos mínimos entre a publicidade do edital/convite e a data de recebimento das propostas e demais documentos variam para cada uma das modalidades de licitação. Ocorrendo retificação do edital que influencie na elaboração das propostas ou no cumprimento das demais exigências, os prazos devem ser restituídos aos licitantes. Como exemplo de alteração de pequena expressão, que dispensa a devolução do prazo, cita-se a alteração do local de entrega dos envelopes contendo as propostas e demais documentos.

Habilitação – esta fase consubstancia-se no momento em que os concorrentes demonstram à Administração Pública que atendem aos requisitos e às condições legais exigidas no instrumento convocatório. Os artigos 27 a 31 da Lei Federal nº 8.666/93 definem toda a documentação que deverá ser apresentada pelos licitantes, de forma a comprovar sua habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal, bem como o atendimento ao disposto no artigo 7º, XXXIII, da Constituição Federal de 1988, ou seja, a declaração do licitante de que respeita o direito do trabalhador quanto à proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos. Convém enfatizar que, dependendo da modalidade licitatória, a própria Lei de Licitações, no § 1º do artigo 32, admite a dispensa, parcial ou total, da apresentação de documentos de habilitação. Assim, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão, poderá haver tal dispensa. Para a venda de bens imóveis, a habilitação limitar-se-á ao recolhimento de 5% do valor de avaliação dos bens e à apresentação de Certidão Negativa de Débitos com a Seguridade Social.

A Lei Complementar nº 123/06 estabeleceu regras especiais relativas à exigência de regularidade fiscal para microempresas e empresas de pequeno porte que participem de procedimentos licitatórios. Nos termos do artigo 42 dessa lei complementar, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte que participem de licitações públicas somente será exigida para efeito de assinatura do contra-

to. Assim, ainda que uma microempresa ou uma empresa de pequeno porte tenha tributos exigíveis, situação fiscal irregular, ela poderá participar da licitação. Somente no caso de sagrar-se vitoriosa no certame é que a microempresa ou a empresa de pequeno porte vencedora terá que regularizar sua situação fiscal previamente à assinatura do contrato.

Já o artigo 43 determina que as microempresas e empresas de pequeno porte que participem da licitação apresentem toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta contenha alguma restrição. Caso a empresa que apresentou documentos com restrições vença a licitação, terá o prazo de dois dias úteis, contados a partir do momento em que seja declarada vencedora do certame, prorrogáveis por mais dois dias úteis, a critério da Administração, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeitos de certidão negativa, conforme parágrafo único do artigo 43.

Caso a ME ou EPP não regularize sua situação, ocorrerá decadência do direito à contratação e a empresa estará, ainda, sujeita às sanções legais cabíveis. Faculta-se, no caso, à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para assinatura do contrato, ou revogar a licitação, conforme § 2º do artigo 43.

Julgamento – na fase de julgamento das propostas serão cotejadas as ofertas apresentadas pelos licitantes e classificadas de acordo com os critérios previamente definidos no instrumento convocatório. Identificada a melhor proposta e, por consequência, o vencedor do certame, poderá ser adjudicado o objeto da licitação.

Adjudicação e Homologação – nesta última fase, juntamente com adjudicação, que confirma o vencedor da licitação atribuindo-lhe o objeto, o procedimento é homologado. Mediante este ato a autoridade competente confirma a validade de todos os atos praticados no curso da licitação. Tal autoridade deverá ser de grau hierárquico mais elevado do que os servidores que compuseram a comissão de julgamento. Cabe destacar que além da inversão de fases, já mencionada no Pregão, a lei inovou ao atribuir ao pregoeiro a adjudicação do objeto ao licitante vencedor quando da inexistência de recurso.

É importante ressaltar, ainda, que a Administração Pública não tem as propostas à sua disposição por prazo indeterminado. O § 3º do artigo 64 da Lei Federal nº 8.666/93 fixou o prazo de validade das propostas, contado da sua apresentação, em sessenta dias. Expirado esse prazo, ficam os licitantes liberados dos compromissos assumidos, admitindo-se, porém, a prorrogação da validade das propostas mediante manifestação dos licitantes, prática que, apesar de não prevista em lei, vem sendo normalmente adotada.

12.10 SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

O Sistema de Registro de Preços – SRP está previsto no artigo 15 da Lei Federal nº 8.666/93, como preferencial para o processamento das compras. Os decretos que regulamentaram este procedimento, tanto federal quanto estadual, estenderam a sua aplicabilidade também aos serviços. No Rio Grande do Sul, a matéria está disposta no Decreto nº 37.288/97. No âmbito da Administração direta, autarquias e fundações, o SRP é administrado pela Secretaria da Administração e dos Recursos Humanos, através da CELIC, com exceção das compras de medicamentos e de outros produtos de uso hospitalar, excepcionalizados à Secretaria da Saúde pelo Decreto nº 49.364/12.

Este sistema visa a selecionar a proposta de preços unitários que ficarão disponibilizados à Administração para futuras aquisições de bens ou contratações de serviços. O Registro de Preços é precedido de licitação nas modalidades Concorrência ou Pregão, podendo o Termo (Ata) de Registro de Preços respectivo, ter um prazo de validade máximo de um ano. Assim, a qualquer tempo durante a vigência do Registro de Preços, os órgãos participantes poderão contratar o seu objeto, dentro dos limites estabelecidos no edital.

A contratação será sempre facultativa, havendo o direito do licitante vencedor à preferência, apenas quando o seu preço for igual ou inferior ao efetivamente praticado no mercado. Em suma, a aquisição/contratação somente será procedida quando a Administração necessitar do bem ou do serviço incluído no Sistema de Registro de Preços, limitadas às quantidades globais previstas no edital e ofertadas pelos licitantes selecionados.

A lei prevê, ainda que: podem ser registrados vários preços para o mesmo objeto, em função da capacidade de fornecimento; o registro de preços deve ser precedido de ampla pesquisa de mercado; e os preços dos itens objeto registrados devem ser publicados mensalmente. Este último procedimento hoje tem sido substituído pela disponibilização em sítio eletrônico do órgão administrador do sistema.

12.10.1 Vantagens do SRP

O SRP apresenta como vantagens:

a) dispensa de dotação orçamentária liberada em razão de não existir um compromisso de contratar;
b) redução do volume de estoques, considerando a garantia de fornecimento em prazo previamente estabelecido em edital e afastando o risco de desabastecimento;
c) eliminação do fracionamento da despesa, já que o procedimento que dará origem ao SRP corresponde à Concorrência ou ao Registro de Preço;
d) redução do número de licitações pela possibilidade de, através de um único procedimento licitatório, atender vários órgãos por um período de até um ano;
e) redução do tempo de atendimento de demandas em razão do prévio estabelecimento de necessidades;
f) redução dos preços em virtude da economia de escala, em razão do volume de fornecimentos envolvidos.

12.10.2 Implantação do SRP

O primeiro passo para a implantação do SRP, após a identificação de uma necessidade, é a definição do órgão que será o responsável pela administração do Termo (Ata) de Registro de Preços. No Rio Grande do Sul, esta competência está centralizada na Secretaria da Administração e dos Recursos Humanos, através da Subsecretaria da Administração Central de Licitações - CELIC. Em algumas unidades da federação esta atividade é descentralizada, cabendo aos órgãos que tiveram a iniciativa de determinado registro de preços a sua administração.

O órgão administrador do Termo (Ata) de Registro de Preços deverá fazer um levantamento de necessidades juntos aos demais órgãos da Administração. Assim, os órgãos que responderem à consulta serão denominados participantes, constando, dessa forma, no edital. Consolidada a demanda da Administração, será providenciado o respectivo procedimento licitatório, através do qual será escolhido o fornecedor beneficiário do Termo (Ata) de Registro de Preços. Caberá ao órgão administrador do Termo (Ata) controlar as quantidades efetivamente consumidas durante o período de vigência, de modo a evitar que sejam extrapolados os valores estabelecidos na licitação.

12.10.3 Contratação via SRP

A contratação do objeto do Termo (Ata) de Registro de Preços, poderá se dar através de Termo de Contrato, cuja minuta deverá ter integrado o edital de licitação. Nos termos do artigo 62 da Lei 8.666/93, sem prejuízo às condições estabelecidas no edital, o Termo de Contrato poderá ser substituído pela Nota de Empenho.

12.10.4 Adesão a Atas de Registro de Preços

Embasada nos conceitos e princípios derivados do Sistema de Registro de Preços, que encontra-se disciplinado no artigo 15 da Lei Federal nº 8.666/93, introduziu-se, no direito brasileiro, a chamada figura da adesão à ata de registro de preços. Nesse contexto, houve a edição, no âmbito da União, do Decreto Federal nº 3.931/01, posteriormente substituído pelo Decreto federal nº 7.892/13.

Essa sistemática de adesão, em linhas gerais, prevê que os entes públicos podem aderir a uma ata de registro de preços, da qual não tenham originalmente participado, condicionada a prévia consulta ao órgão gerenciador e ao fornecedor beneficiário da ata e a previsão da adesão no respectivo instrumento convocatório. O Decreto Estadual nº 45.375/07, que normatizou as adesões a Atas de Registro de Preços da União, dos Estados e dos Municípios, estabeleceu, ainda, outras condições, sendo elas as seguintes: a) demonstração da vantajosidade dos preços atestada por ato do Secretário da Administração e dos Recursos Humanos;

b) existência de ato normativo no âmbito do órgão licitante autorizando a referida adesão e
c) limitação a bens de informática, veículos, bens importados decorrentes de concorrência internacional realizada no âmbito da União, medicamentos e assemelhados, produtos hospitalares e similares, exceto importados, serviços de telefonia fixa cumulada e telefonia móvel, e mobiliário escolar.

Independentemente das disposições do aludido decreto estadual, entende-se que devam ser observadas as quantidades máximas dos produtos ou dos serviços constantes do registro de preços, com a sua devida comprovação nos autos do correspondente processo administrativo, que poderá ser feita, por exemplo, mediante uma declaração do órgão que promoveu a licitação. O fundamento para a observância de tal requisito está amparado no bojo da Informação CAGE/DEO nº 05/09 e relaciona-se à chamada economia de escala. A ausência de limitação de adesão à ata pode transformar um fornecimento de, por exemplo, 1.000 unidades em 5.000, 20.000 ou mais unidades. Ou seja, uma elevação exagerada do quantitativo, sem que isso represente redução do custo unitário do produto, resultando em um lucro extraordinário ao fornecedor e não beneficiando o Poder Público com a economia de escala.

12.10.5 Pontos críticos do SRP

Alguns aspectos podem ser registrados como pontos críticos na implantação e utilização do SRP:

a) exigência de planejamento de compras considerando a necessidade de estimar quantidade por período de até um ano;
b) estimativas irreais, estabelecendo uma falsa expectativa ao fornecedor, podem determinar que em procedimentos futuros o ganho de escala desapareça;
c) a dificuldade de controle sobre as adesões tem determinado preocupação quanto ao aumento excessivo de quantidades adquiridas em relação ao licitado.

12.11 RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Os recursos, em matéria de licitação, são os instrumentos destinados à manifestação de inconformidade com as decisões administrativas tomadas no curso do procedimento licitatório. O reexame pode ser obtido, na esfera administrativa, por meio de recurso hierárquico, pedido de reconsideração ou representação.

O recurso hierárquico deverá ser interposto no prazo de cinco dias úteis, a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, e destina-se a atacar decisões que versem sobre a habilitação ou inabilitação do licitante, o julgamento das propostas, a anulação ou a revogação da licitação e o indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento. Apresenta como pressuposto lógico a existência de autoridade superior, na estrutura hierárquica, àquela que proferiu a decisão no procedimento licitatório.

O pedido de reconsideração é uma solicitação feita à própria autoridade que proferiu a decisão, para que proceda a uma nova análise acerca da matéria já julgada, sendo do interesse do peticionante a modificação da decisão anterior. Sua utilização é exclusiva para reexame das decisões tomadas por autoridades do chamado "Primeiro Escalão", as quais versem sobre declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração, devendo ser requerido tal pedido no prazo de dez dias da intimação da decisão, não gozando de efeito suspensivo.

A representação, também decorrente do direito constitucional de petição, consiste em uma denúncia formal e expressa, assinada pelo interessado, contra arbitrariedade, ilegalidade ou irregularidade, que solicita ou não providências da autoridade competente. No caso da Lei Federal nº 8.666/93, é cabível no prazo de cinco dias úteis da intimação, tendo natureza subsidiária, ou seja, somente quando não couber recurso hierárquico contra decisão relacionada com o objeto da licitação. São legitimados ativamente para recorrer, no caso do recurso hierárquico, os participantes da licitação e, no caso do registro cadastral, o inscrito ou o requerente.

Em se tratando do pregão, o licitante deverá manifestar seu inconformismo de forma imediata, no final da sessão, sob pena de preclusão do direito ao recurso. Manifestada tempestivamente a intenção de recorrer, o licitante possui o prazo de três dias para a apresentação das razões recursais, abrindo-se, após esse prazo, novo prazo de três dias aos demais licitantes para o oferecimento de contrarrazões, já que podem ter interesse no julgamento do inconformismo.

Apenas os recursos contra a habilitação ou a inabilitação e contra o julgamento das propostas têm efeito suspensivo. Nesses casos, somente após o seu julgamento poderá ser dado prosseguimento ao certame. Os demais recursos poderão ter efeito suspensivo, mas a indicação desse efeito é faculdade da Administração. De regra, terão efeito meramente devolutivo.

A interposição dos recursos precisa ser comunicada aos demais licitantes, porque eles têm o direito de impugná-los no prazo de cinco dias úteis. A regra justifica-se pelo fato de que há interesse de todos sobre o que será decidido pela Administração. Transcorrido o prazo recursal sem qualquer manifestação, a decisão administrativa se torna imutável, ocorrendo o que se denomina de preclusão administrativa.

12.12 ANULAÇÃO E REVOGAÇÃO DA LICITAÇÃO

Havendo motivo superveniente à realização do procedimento licitatório que o torne inconveniente ou inadequado ao atendimento do interesse público, pode a Administração Pública revogar a licitação. No entanto, a partir do momento em que for efetivada a assinatura do contrato, não há mais possibilidade de revogação.

Apesar de não haver dispositivo de lei que indique que a revogação da licitação resulta no dever da Administração de indenizar os licitantes que comprovarem ter sofrido prejuízos, deve o administrador ponderar essa situação com cautela, uma vez que há entendimento doutrinário e jurisprudencial acenando nesse sentido. Quanto aos efeitos da revogação da licitação, o ato administrativo que a oficializa produz efeitos a partir da sua publicação, não havendo retroatividade. Com isso, uma vez revogada a licitação, não se mostra mais possível à Administração Pública aproveitar aquele procedimento para proceder à contratação.

Diferentemente da revogação, que se funda em razões de conveniência, a anulação da licitação baseia-se em vício de ilegalidade na condução do procedimento. A ilegalidade pode ser reconhecida de ofício pela Administração, podendo, ainda, decorrer da provocação de terceiros. Em qualquer caso, é dever da Administração fundamentar circunstanciadamente o despacho que determinar a anulação, consoante se depreende do artigo 38, IX, da Lei Federal nº 8.666/93. A anulação do procedimento licitatório não gera à Administração o dever de indenizar; porém, caso já tenha sido firmado o contrato e o particular tenha cumprido a sua obrigação, parcial ou totalmente, deve a Administração indenizá-lo por aquilo que já tiver executado, ou por eventuais prejuízos que tenha sofrido, desde que comprovados, uma vez que a nulidade do procedimento licitatório conduz à nulidade do contrato. A anulação da licitação produz efeitos retroativos à data do ato viciado e deve ser veiculada mediante parecer escrito e fundamentado, emanado da autoridade competente para aprovação da licitação.

Independentemente de se tratar de anulação ou de revogação da licitação, devem ser assegurados aos interessados o contraditório e a ampla defesa, motivando-se adequadamente o ato administrativo após a manifestação dos interessados. Também devem ambos os atos ser publicados no Diário Oficial do Estado, dando-se, com isso, ampla publicidade à ação administrativa, o que enseja um maior controle social e transparência da gestão pública.

12.13 CRIMES LICITATÓRIOS

Lamentavelmente, a condução do processo licitatório oportuniza a prática de diversas condutas ilegais por parte de agentes públicos e particulares, notadamente quando se desvirtuam da busca do interesse público para a satisfação de interesses particulares escusos. Ao longo do tempo, a má gestão dos contratos administrativos gerou consideráveis prejuízos ao erário, produzindo na sociedade um forte sentimento de indignação. Diante dessa realidade, a Lei Federal nº 8.666/93, atenta aos princípios norteadores da atividade administrativa, sobretudo o da moralidade, atribuiu a natureza de ilícito penal a determinadas condutas lesivas ao regular andamento do procedimento licitatório. É importante salientar que, pela mesma conduta, podem ser impostas aos agentes públicos e particulares sanções de natureza administrativa, civil e penal, não havendo nisso dupla ou tripla punição, uma vez que essas três esferas são independentes entre si.

Os crimes licitatórios estão previstos nos artigos 89 a 99 da Lei Federal nº 8.666/93, merecendo destaque os crimes de dispensa ou de inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais (artigo 89) e os de obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais (artigo 98).

Em vista também – mas não exclusivamente – da ação de particulares nos procedimentos licitatórios, deve o agente público observar os crimes de impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato licitatório (artigo 93), de fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias (artigo 96) e de frustrar ou fraudar, mediante conluio, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação (artigo 90).

Sublinhe-se que todos os tipos penais contidos na Lei de Licitações somente serão puníveis a título de dolo. Em consequência, não haverá conduta punível se o fato decorrer de culpa (por negligência, imprudência e/ou imperícia) do agente; porém, ainda que a ausência de dolo indique a inexistência de repercussão penal, a conduta será objeto de análise quanto à improbidade administrativa do agente público, prevista no artigo 37, § 4º, da CF/88 e regulamentada pela Lei Federal nº 8.429/92.

Nos termos do artigo 102 da Lei Federal nº 8.666/93, os magistrados, os membros dos Tribunais ou dos Conselhos de Contas e os titulares dos órgãos integrantes do sistema de controle interno de qualquer dos Poderes, quando tiverem conhecimento ou verificarem a existência de crime definido na Lei das Licitações, deverão subsidiar o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público que tiver atribuição para atuar no caso, remetendo cópia de processos administrativos e de outros documentos reputados relevantes, sob pena de, não o fazendo, incidirem em responsabilidade administrativa.

A ação penal para os crimes definidos na Lei Federal nº 8.666/93 é, em regra, pública, admitindo-se a ação penal privada subsidiária da pública, se o Ministério Público não oferecer denúncia no prazo legal.

12.14 REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – RDC

12.14.1 Introdução

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, instituído pela Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011, regulamentada pelo Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011, estabeleceu um novo marco regulatório para as licitações e contratos da Administração Pública. Aplicável, originalmente, na realização de determinados objetos, acabou sendo estendido a programas e áreas específicas, mediante a edição das Leis nº 12.688, de 18 de julho de 2012, nº 12.722, de 3 de outubro de 2012, e nº 12.745, de 19 de dezembro de 2012. A Lei Estadual nº 14.203, de 9 de janeiro de 2013, adotou o RDC, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, na forma e nos termos previstos na Lei Federal nº 12.462/2011.

12.14.2 Abrangência

A aplicabilidade do RDC foi delimitada inicialmente às licitações e contratos voltados à realização:

(a) dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO);

(b) da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - FIFA 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo FIFA 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e

(c) de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais.

A incidência do RDC foi ampliada pela inclusão das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), e das obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e do Sistema Único de Saúde – SUS.

12.14.3 Objetivos

Os objetivos do RDC, a seguir evidenciados, estão conformados ao princípio da eficiência, consubstanciado na busca da celeridade, na simplificação de procedimentos, e na otimização do tempo, dos atos e dos recursos financeiros:

a) ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes;
b) promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público;
c) incentivar a inovação tecnológica, e
d) assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

12.14.4 Diretrizes

As diretrizes estabelecidas no RDC privilegiam a padronização, seja do objeto ou dos instrumentos convocatórios e contratuais, o incremento da relação custo benefício para a Administração Pública, a remuneração do contratado vinculada ao seu desempenho, o desenvolvimento regional e o parcelamento do objeto observada a economicidade, como segue:

(1) padronização do objeto da contratação relativamente às especificações técnicas e de desempenho e, quando for o caso, às condições de manutenção, assistência técnica e de garantia oferecidas;

(2) padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos, previamente aprovados pelo órgão jurídico competente;

(3) busca da maior vantagem para a Administração Pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;

(4) condições de aquisição, de seguros e de pagamento compatíveis com as do setor privado, inclusive mediante pagamento de remuneração variável conforme desempenho, na forma do artigo 10 da Lei nº 12.462/11;

(5) utilização, sempre que possível, nas planilhas de custos constantes das propostas oferecidas pelos licitantes, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra, desde que não se produzam prejuízos à eficiência na execução do respectivo objeto e que seja respeitado o limite do orçamento estimado para a contratação.

(6) parcelamento do objeto, visando à ampla participação de licitantes, sem perda de economia de escala.

12.14.5 Inovações à Lei Geral de Licitações

As regras que compõem o RDC trouxeram alterações substanciais com relação às normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, denominada Lei Geral de Licitações, incorporando avanços oriundos da doutrina e da jurisprudência, em especial no que se refere a:

a) Orçamento Sigiloso – A estimativa do orçamento constitui uma das ações da fase interna do procedimento licitatório obrigatória para as contratações públicas. No RDC não foram alteradas as regras relativas à elaboração do orçamento e sim as que dizem respeito a sua divulgação, passando a ter caráter sigiloso, na medida em que é tornado público após o encerramento da licitação. As exceções ao sigilo ocorrem quando o critério de julgamento for:

– maior desconto;
– melhor técnica ou conteúdo artístico, e
– maior oferta de preço.

O orçamento sigiloso ficará à disposição do Tribunal de Contas do Estado e da Contadoria e Auditoria-Geral do Estado, de forma estrita e permanente.

b) Indicação de Marca ou Modelo – Na hipótese de aquisição de bens, o regime especial admite a indicação de marca ou modelo desde que com a devida justificativa técnica e, nos casos em que:

– se faça necessária a padronização do objeto;
– seja o único capaz de atender as necessidades da contratante, embora comercializado por mais de um fornecedor; e
– determinada marca ou modelo estejam aptos a servir como referência e, neste caso, a indicação da marca deve ser seguida pela expressão "ou similar ou de melhor qualidade".

d) Previsão de Carta de Solidariedade – A carta de solidariedade emitida pelo fabricante do bem poderá ser solicitada pela Administração Pública, em ato devidamente motivado, com vistas a assegurar a

execução do contrato, quando o licitante for revendedor ou distribuidor. Presta-se, em especial, às aquisições de grande vulto ou de objetos complexos que envolvam tecnologia de ponta.

e) Contratação Integrada – Na contratação integrada que envolve a execução de obras e serviços de engenharia, destinada a objetos realizados de forma unitária ou conjunta, incumbe ao contratado o desenvolvimento do projeto básico e do projeto executivo da obra ou do serviço. A utilização deste regime impõe à Administração Pública uma justificativa técnica e econômica que demonstre ser esta a solução mais eficiente. O anteprojeto de engenharia deverá conter todos os elementos necessários à gestão e ao controle da execução contratual tendo em vista o grau de autonomia concedido ao contratado na utilização dos meios, passando a Administração a manter o foco no resultado.

f) Remuneração Variável – A remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado aplicável às obras e serviços, inclusive de engenharia, deve ser motivada e respeitar o limite orçamentário fixado pela Administração Pública para a contratação. A motivação, além da do próprio sistema adotado, ocorrerá quanto:

- aos parâmetros escolhidos para aferir o desempenho do contratado;
- ao valor a ser pago; e
- ao benefício a ser gerado para a Administração Pública.

No instrumento convocatório e no contrato deverão estar definidos as metas, os padrões de qualidade, os critérios de sustentabilidade ambiental e o prazo de entrega.

g) Contrato de Eficiência – O objeto do contrato de eficiência é a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens. No julgamento pelo maior retorno econômico, exclusivo para este tipo de contrato, será selecionada a proposta que trará maior economia para a Administração, sob a forma de redução de despesas correntes. Os interessados devem apresentar proposta de trabalho e de preço. O contratado terá a sua remuneração fixada com base em percentual de economia gerada.

h) Inversão das Fases – No RDC a fase de julgamento das propostas antecede a da habilitação, com o que serão submetidos a exame tão somente os documentos do licitante cuja proposta foi classificada como vencedora. A adoção desta sistemática torna o processo mais célere.

i) Correção de Vícios Sanáveis – O regime especial estipula que a autoridade superior, depois de encerrado o procedimento licitatório, determine o retorno dos autos para o saneamento das irregularidades supríveis. A norma prevê, ainda, que a comissão de licitação poderá adotar medidas de saneamento objetivando esclarecer informações, corrigir impropriedades na documentação de habilitação ou complementar a instrução do processo, desde que não seja alterada a substância da proposta. Há que se analisar a concretude dos fatos para a aplicação da regra.

j) Mecanismos de Negociação – Os mecanismos de negociação no RDC envolvem todos os procedimentos, pois quando se está a tratar de disputa aberta ou de disputa fechada está a se falar de processos de negociação coletiva. É importante que se negocie, pois, com isso, evita-se a frustração do procedimento licitatório pela desclassificação de propostas com valor superior àquele orçado. A negociação, nesses casos, servirá para a adequação do valor das propostas ao limite imposto pelo orçamento. Há que se ter, por outro lado, cuidados com os limites da negociação, pois ela não pode se prestar ao conhecimento das propostas e tem de contemplar uma margem de manobra para ambas as partes.

k) Fase Recursal Única – Em função de que as fases de julgamento e de habilitação no RDC foram invertidas, o processo licitatório tem uma fase recursal única que se segue a habilitação do vencedor, e onde são analisados todos os recursos interpostos. Os licitantes, sob pena de preclusão, têm de manifestarem na sessão a intenção de recorrer das decisões relativas à pré-qualificação, habilitação e julgamento das propostas. A adoção desta sistemática destina-se a agilizar o procedimento licitatório.

l) Contratação de Remanescentes - Na Lei Geral de Licitações, quando o vencedor não assinar o instrumento contratual, podem ser convocados os licitantes remanescentes para fazê-lo nas mesmas condições da proposta vencedora do certame. Já no RDC esta regra foi alterada, possibilitando que os licitantes remanescentes sejam contratados de acordo com suas respectivas propostas, até o limite do orçamento estimado pela Administração.

m) Regra Antinepotismo – A regra antinepotismo inserida no RDC estabelece vedação objetiva, como a contratação direta, sem licitação, de pessoa jurídica na qual haja administrador ou sócio com poder de direção que mantenha relação de parentesco, inclusive por afinidade, até o terceiro grau civil com detentor de cargo em comissão ou função de confiança que atue na área responsável pela demanda ou contratação, ou com autoridade hierarquicamente superior no âmbito de cada órgão ou entidade da Administração Pública.

13. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Sumário: 13.1 Definição - **13.2** Legislação - **13.3** Modalidades de Contratos Administrativos - **13.4** Regime Jurídico e Cláusulas dos Contratos Administrativos - **13.5** Garantia Contratual - **13.6** Formalização dos Contratos - **13.7** Execução do Contrato - **13.8** Duração e Prorrogação dos Contratos - **13.9** Alteração dos Contratos - **13.10** Formas de Manutenção do Valor e da Equação Econômico-Financeira do Contrato - **13.11** Extinção, Inexecução e Rescisão do Contrato - **13.12** Sanções Administrativas - **13.13** Pontos de Controle.

13.1 DEFINIÇÃO

Os contratos administrativos compreendem os ajustes que a Administração Pública celebra com pessoas físicas ou jurídicas, para a consecução de fins públicos, regulando-se por suas cláusulas e pelo regime jurídico de direito público e, em caráter supletivo, pelos princípios da teoria geral dos contratos, disposições de direito privado, desde que compatíveis com o regime jurídico-administrativo.

Para os fins da Lei Federal nº 8.666/93, que dispõe sobre as normas gerais acerca de licitações e contratos administrativos, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e entes particulares em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Os contratos administrativos devem obediência aos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência e, também, aos princípios gerais da supremacia do interesse público sobre o privado, da indisponibilidade do interesse público, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da isonomia e da finalidade, ao devido processo legal e à ampla defesa, ao controle judicial dos atos administrativos, à responsabilidade do Estado por atos administrativos e à segurança jurídica.

13.2 LEGISLAÇÃO

- Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993
- Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995
- Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004
- Lei Estadual nº 10.086, de 24 de janeiro de 1994
- Lei Estadual nº 10.697, de 12 de janeiro de 1996
- Lei Estadual nº 11.389, de 25 de novembro de 1999
- Decreto Estadual nº 35.994, de 24 de maio de 1995

13.3 MODALIDADES DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Existem diversas modalidades de contratos administrativos, segundo os ditames da legislação reguladora da matéria e a definição da doutrina especializada. Destacam-se, em especial, os seguintes:

a) Contrato de obra – O contrato de obra pública tem por objeto a construção, a reforma, a fabricação, a recuperação ou a ampliação de imóvel público. É celebrado, em regra, mediante a realização de procedimento licitatório e a sua execução ocorre sob o regime de empreitada ou tarefa. A empreitada pode ser ajustada por preço certo unitário (por unidades determinadas), integral (pagamento na entrega da obra) e global (pelo total da obra, estabelecido previamente). Já, no regime de tarefa, tem-se o ajuste de mão de obra por preço certo, sendo o pagamento efetuado à medida que a obra é realizada.

b) Contrato de serviço – É o contrato cujo objeto se refere a uma atividade prestada ao Poder Público, para atendimento de suas necessidades ou de seus administrados. Segundo o artigo 6º, II, da Lei Federal nº 8.666/93, serviço é toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como conserto, demolição, instalação, montagem, reparação, manutenção, locação de bens, publicidade, seguro, trabalhos técnico-profissionais, dentre outros. Os serviços podem ser classificados como: *comum* – para cuja execução não se exige habilitação especial; *técnico-profissional* – que exige de seu executor habilitação específica, e *técnico-profissional especializado* – o que demanda, além da habilitação do profissional ou da empresa, a sua notória especialização, estando estes descritos no artigo 13 da Lei Federal nº 8.666/93.

c) Contrato de fornecimento ou compra – O objeto desse contrato é a aquisição de coisas móveis necessárias à realização das obras e à manutenção dos serviços da Administração Pública. É considerado pela Lei Federal nº 8.666/93, em seu artigo 6º, III, como "contrato de compra" toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente. O contrato de fornecimento pode ser: integral, em que o ajuste é concluído com a entrega do que foi pactuado; parcelado, quando a avença é exaurida com a entrega final do bem, e contínuo, no qual a entrega do bem se dá de forma sucessiva.

d) Contrato de concessão – Consiste em um contrato que tem por objeto a concessão de serviços públicos ou de obras públicas, executados na forma da Lei Federal nº 8.987/95, denominado de contrato de concessão comum, o qual não implica contraprestação pecuniária do concedente ao concessionário. Em nosso ordenamento jurídico, estão previstas, sob forma contratual, a concessão de obra pública, a concessão de serviço público e a concessão de uso de bem público. O contrato de concessão caracteriza-se por representar um acordo de vontades, ter um prazo determinado e ser constituído de forma não precária. Dentro do instituto da concessão, têm-se, ainda, os contratos firmados no âmbito das parcerias público-privadas, instituídas pela Lei Federal nº 11.079/04, na modalidade patrocinada, em que o concedente paga ao concessionário um adicional de tarifa, e na modalidade administrativa, em que o concedente é usuário mediato ou imediato dos serviços prestados pelo concessionário, que, por sua vez, efetua investimentos relevantes em infraestrutura. Na administrativa, além disso, o pagamento das despesas relativas à amortização dos investimentos e ao custeio é efetuado mensalmente pelo concedente em longo prazo.

e) Contrato de permissão – Tem por objeto a execução de serviço público, mediante procedimento licitatório, em nome do permissionário e por sua conta e risco. Legalmente, é definido como contrato de adesão, precário e revogável unilateralmente pelo poder concedente. Na prática, constitui outorga do Poder Público a alguém para que execute um serviço público, tendo como contraprestação a tarifa paga pelo usuário.

f) Contrato de gestão – O seu objeto relaciona-se à fixação ou ao estabelecimento de metas de desempenho por meio de ajustes celebrados pelo Poder Público com órgãos e entidades da Administração e entidades privadas qualificadas como organizações sociais, que desempenhem atividades não exclusivas do Estado. No caso dos órgãos e das entidades da Administração Pública, são estabelecidas metas em troca de uma maior autonomia gerencial, operacional e financeira. Já, para as organizações sociais, que se vinculam à Administração ao abrigo da Lei Federal nº 9.637/98, alterada pela Lei nº 12.269/10, são fixadas metas cuja contrapartida é a concessão de benefícios por parte do Estado, ficando as entidades sujeitas a um rígido controle de resultados.

13.4 REGIME JURÍDICO E CLÁUSULAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Os contratos administrativos possuem características que os diferenciam dos contratos de direito privado. Nesse diapasão, tem-se o estabelecimento de cláusulas contratuais ditas como exorbitantes, as quais compreendem as prerrogativas da Administração voltadas ao atendimento do interesse público. Ademais, há a possibilidade de alteração unilateral de cláusulas contratuais, a não invocação da exceção do contrato não cumprido, a fiscalização da execução do contrato, a imposição de sanções e penalidades e a hipótese de ocupação provisória de bens e serviços. A alteração unilateral representa o permissivo legal concedido à Administração para que se modifique unilateralmente o contrato, observados o equilíbrio econômico-financeiro e os limites de acréscimos e de supressões.

No que concerne à não invocação da exceção do contrato não cumprido, o contratado não pode alegar o descumprimento das obrigações pela Administração para eximir-se de cumprir os seus encargos, à

exceção dos casos de suspensão da execução por mais de 120 dias, por ordem da Administração, de atraso de pagamento superior a 90 dias e da não liberação, também pela Administração, da área, do local ou do objeto necessário à execução do contrato, em que o princípio torna-se, então, relativizado.

Já, a característica atinente à fiscalização implica o poder-dever da Administração de acompanhar e fiscalizar a execução do contrato, ressaltando-se que a fiscalização não exclui a responsabilidade do contratado por danos causados àquela ou a terceiros, em função de dolo ou culpa na execução do contrato. A imposição de sanções legais ao contratado, por sua vez, constitui prerrogativa da Administração, estando presente o instituto da proporcionalidade. E, quanto à ocupação provisória de bens e serviços vinculados ao objeto do contrato, esta será efetuada em caso de prestação de serviços essenciais, apuração de faltas contratuais e rescisão do contrato.

No que se refere às cláusulas contratuais, enquanto no setor privado prevalece o que foi pactuado entre as partes, podendo ser acordado tudo o que a lei não proíbe, no setor público há que se observar o que a lei determina. Nesse desiderato, as cláusulas consideradas necessárias e essenciais nos contratos administrativos são as seguintes:

- objeto e seus elementos característicos;
- regime de execução ou forma de fornecimento;
- preço e condições de pagamento, critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços e critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;
- prazos de início das etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;
- crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;
- garantias oferecidas para assegurar a sua plena execução, quando exigidas;
- direitos e responsabilidades das partes, penalidades cabíveis e valores das multas;
- casos de rescisão;
- reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa por inexecução total ou parcial do contrato;
- condições de importação, data e taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;
- vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;
- legislação aplicável à execução do contrato e, especialmente, aos casos omissos;
- obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, e
- declaração do foro competente para dirimir qualquer questão contratual.

13.5 GARANTIA CONTRATUAL

A garantia contratual é o instrumento de que se vale a Administração para acautelar-se contra possíveis prejuízos ao patrimônio ou à prestação de um serviço público. Se, de um lado, porém, significa uma proteção ao erário e ao interesse público, de outro, implica encargos financeiros para o contratado, devendo, por isso, constar, necessariamente, do ato convocatório, com a finalidade de dar conhecimento ao licitante da totalidade dos custos a serem incorridos.

Recai sobre o gestor, no uso de seu poder discricionário, a decisão de impor ou não a exigência da garantia nas contratações de obras, serviços e compras. Decidindo-se por tal exigência, essa deverá estar prevista no edital, sendo assegurada ao contratado a escolha da modalidade de garantia, a qual poderá ser feita sob a forma de caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, seguro-garantia e fiança bancária.

Quando exigidas, as garantias não poderão exceder a 5% do valor do contrato, à exceção daqueles cujo objeto envolva alta complexidade técnica ou riscos financeiros relevantes, casos em que, mediante emissão de parecer técnico aprovado por autoridade competente, poderão ser aumentadas para até 10% do valor contratado. Após a execução do contrato, a garantia será liberada ou restituída e, quando dada em dinheiro, devidamente atualizada.

13.6 FORMALIZAÇÃO DOS CONTRATOS

O contrato pode ser formalizado por diversos meios, tais como instrumento de contrato, carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra e ordem de execução de serviço. O instrumento de contrato deve ser utilizado, obrigatoriamente, nos casos de concorrência e de tomada de preços, assim como nas dispensas e inexigibilidades de licitação situadas nos limites dessas duas modalidades. Nas demais situações, a Administração poderá, facultativamente, usar outros instrumentos, desde que contemplem todas as condições pactuadas.

Todos os contratos administrativos e seus aditamentos devem ser lavrados na repartição interessada, que deverá arquivá-los em ordem cronológica e promover o registro de seu extrato e a juntada de cópia do instrumento ao processo administrativo da licitação. A publicação do resumo do instrumento, condição para eficácia do ato, dar-se-á no prazo de 20 dias, computados a partir da remessa à Imprensa Oficial, o que deve ocorrer até o quinto dia útil do mês seguinte à assinatura ou à emissão do instrumento.

Destaque-se que, à exceção dos contratos relativos a pequenas compras de pronto pagamento feitas em regime de adiantamento, todos os demais devem ser escritos, sendo nula e de nenhum efeito a realização de contrato verbal, devendo, neles, ser mencionados os nomes das partes e de seus representantes legais, a finalidade, o ato que autorizou sua lavratura, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, e a sujeição dos contratantes às normas da Lei Federal nº 8.666/93 e às cláusulas contratuais.

Ocorrendo recusa do licitante vencedor do certame a assinar o contrato ou retirar o instrumento equivalente dentro do prazo e das condições estabelecidas, a par da aplicação das sanções legalmente previstas, a Administração poderá convocar os licitantes remanescentes – os quais deverão sujeitar-se às condições propostas pelo primeiro colocado – ou revogar a licitação.

13.7 EXECUÇÃO DO CONTRATO

O contrato deve ser cumprido nos termos do que foi convencionado originariamente pelas partes. Em homenagem ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, as cláusulas contratuais devem ser rigidamente obedecidas, respondendo cada uma das partes por sua inexecução parcial ou total. Ressalte-se que o contrato pode ser modificado por novo acordo ou mesmo, unilateralmente, pela Administração.

Durante a execução, há que se acompanhar e fiscalizar as obrigações contratuais previstas, visando à preservação do interesse público. Se constatado que a obra, o serviço ou o fornecimento está sendo executado em desacordo com o contrato, a Administração poderá rejeitá-lo, no todo ou em parte, promovendo as competentes medidas judiciais e administrativas.

No contexto da execução dos contratos administrativos, existem determinadas premissas e requisitos legais a serem observados, os quais estão destacados a seguir.

a) Obrigatoriedade contratual – A Administração obriga-se a pagar o preço ajustado e entregar o local da obra ou do serviço ao contratado na época e nas condições que permitam a regular execução do contrato. O particular tem a obrigação de prestar o objeto do contrato e, ainda, observar as normas técnicas adequadas, empregar o material apropriado, executar pessoalmente o objeto do contrato, à exceção do instituto da subcontratação, atender aos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais vinculados ao objeto contratado, manter preposto no local da obra ou do serviço em condições de receber as orientações cabíveis por parte da Administração e sujeitar-se aos acréscimos e às supressões legais.

b) Acompanhamento – O acompanhamento da execução do contrato constitui prerrogativa da Administração, que deverá designar representante para registrar todas as ocorrências e tomar as providências necessárias à correção das falhas porventura existentes, o qual terá de encaminhar, ainda, à autoridade superior, tempestivamente, os casos que não sejam de sua alçada, para a tomada das medidas cabíveis. Dentre as ações de acompanhamento, estão compreendidas a fiscalização, a orientação, a interdição, a intervenção e a aplicação de penalidades contratuais.

A fiscalização consiste no exame detido de todo o material empregado, das operações realizadas em consonância com o cronograma físico-financeiro estabelecido, e do cumprimento das técnicas aplicáveis às obras, aos serviços e às compras. Abrange, igualmente, a orientação que resulta da aplicação de normas administrativas condicionantes à execução do objeto contratado, bem como a possibilidade de interdição, a qual corresponde ao ato em que a Administração paralisa a execução do contrato por descumprimento de suas cláusulas.

Por sua vez, a intervenção configura-se como a situação em que a direção da execução do contrato tem de ser assumida pela Administração, até que o fato que ocasionou isso seja normalizado ou o contrato rescindido. Já, a aplicação de penalidades contratuais consubstancia as medidas administrativas de que se vale a Administração, quando da verificação de inadimplemento por parte do contratado, assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório.

c) Vícios no objeto do contrato e reparação de danos – A obrigação do contratado é cumprir fielmente o ajuste; para tanto, o objeto do contrato deve ser perfeitamente identificado e definido no instrumento convocatório. Além disso, ainda que o contrato seja omisso, deverão ser observadas as regras técnicas, científicas ou artísticas pertinentes à execução do seu objeto. Existindo vício, defeito ou incorreção no objeto do contrato, resultante de sua execução ou dos materiais nele empregados, imputável ao particular, tem este o dever de eliminá-lo às próprias expensas. Se, no entanto, a especificação defeituosa do objeto ou do material nele utilizado tiver sido feita pela Administração, nenhuma responsabilidade, em princípio, caberá ao contratado.

É do contratado a responsabilidade pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato. A doutrina e a jurisprudência brasileiras, porém, têm sido majoritárias no entendimento de que a Administração é solidariamente responsável por danos que venham a ser causados a terceiros pelo contratado, quando na condição de prestador de um serviço público delegado, independentemente da existência de dolo ou culpa deste. Aplica-se, no caso, a responsabilidade civil objetiva, prevista no § 6º do artigo 37 da Constituição Federal.

d) Encargos do contratado – A Lei Federal nº 8.666/93 estabelece que se constitui responsabilidade do contratado o pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. A inadimplência do contratado em relação a esses encargos não transfere à Administração Pública a responsabilidade direta por seu pagamento, o que somente poderá ocorrer quando tiver como causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante, nos termos do que decidiu o STF ao julgar a ADC nº 16, em 24 de novembro de 2010.

e) Subcontratação – O contrato administrativo é *intuitu personae*, mas a lei permite que, excepcionalmente, a contratada transfira a terceiros a execução parcial do objeto dada a especialização de determinadas atividades. A esse instituto dá-se o nome de subcontratação, a qual deverá estar prevista no edital e no contrato. A contratada responde perante a contratante pela execução total do objeto do contrato, podendo subcontratar partes da obra, do serviço ou do fornecimento, segundo os limites fixados, não sendo estabelecida, entretanto, qualquer relação jurídica entre a contratante e a subcontratada, o que implica a responsabilidade da contratada pelos atos ou pelas omissões da terceirizada, respondendo, também, pelos vícios que porventura ocorrerem.

Os doutrinadores, em sua maioria, entendem ser proibida, em qualquer circunstância, a subcontratação da totalidade do objeto do contrato. Sendo omisso o ato convocatório ou o contrato (licitação dispensável ou inexistente) quanto à autorização da subcontratação, esta será considerada irregular. Verificando-se a subcontratação não autorizada, ou efetivada além dos limites estabelecidos no ato convocatório ou no contrato, configura-se isso motivo para rescisão unilateral do contrato pela Administração, sem embargo da imposição da penalidade administrativa que vier a ser decidida em face da inexecução do contrato pelo contratado.

f) Recebimento do objeto – O contrato é considerado concluído com a entrega e o recebimento do objeto, o qual pode ser de caráter provisório ou definitivo. No recebimento provisório, a contratada faz a entrega do objeto contratado à contratante, dando por adimplida sua obrigação, incumbindo à Administração a implementação, no período acordado, dos testes e das vistorias necessárias à verificação da conformidade do objeto com o previsto no ato convocatório. Já, no definitivo, ocorre a quitação plena por parte da Administração, que poderá acionar posteriormente a contratada tão somente por vícios que não sejam perceptíveis quando da entrega do objeto.

Em se tratando de obras e serviços, o recebimento dar-se-á, provisoriamente, pelo responsável pela fiscalização, em até 15 dias da comunicação escrita e, definitivamente, por servidor ou comissão designada para tanto, depois de realizada a vistoria, em prazo não superior a 90 dias, ambos formalizados mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes. Para os demais contratos, a lei não fixa prazo, mas estabelece que deverá ser suficiente para a verificação da qualidade e da quantidade do material entregue pelo contratado. No caso de omissão da Administração nessa atribuição, o contratado, pelo menos 15 dias antes de esgotados

os prazos estabelecidos, deverá intimá-la a lavrar o termo circunstanciado ou proceder à verificação dos bens. Se a Administração não o fizer, presume-se a sua aceitação.

O recebimento provisório pode ser dispensado quando se tratar de gêneros perecíveis e alimentação preparada, de serviços profissionais e de obras e serviços que não excedam o valor previsto para a modalidade de licitação por tomada de preço, excetuando-se aparelhos, equipamentos e instalações que tenham de ser submetidos à verificação de funcionamento e produtividade.

13.8 DURAÇÃO E PRORROGAÇÃO DOS CONTRATOS

A duração dos contratos compreende o período em que os ajustes firmados geram direitos e obrigações entre as partes. Em regra, está vinculada à vigência dos respectivos créditos orçamentários, ao abrigo do princípio da anualidade do orçamento público, ou seja, os contratos vigoram até 31 de dezembro do exercício financeiro em que forem formalizados, independentemente de seu início.

Ressalte-se que a Lei Federal nº 8.666/93 admite três exceções relacionadas à duração dos contratos, relativamente aos projetos constantes do Plano Plurianual, à prestação de serviços de execução continuada e à locação de equipamentos de informática. Determina a lei, ainda, que, na primeira hipótese, exista previsão no instrumento convocatório e que, na segunda e na terceira, se atenda aos limites temporais fixados.

Cabe referir que a duração e a prorrogação de prazo de vigência dos contratos são institutos diferenciados, assim como o é a prorrogação de prazo das etapas de execução, de conclusão e de entrega do objeto. Contratualmente prevista, a prorrogação de prazo de vigência dos contratos, constitui exceção à vinculação aos créditos orçamentários. Na condição de ato bilateral, deve estar prevista no ato convocatório e ser previamente justificada e autorizada por autoridade competente.

As prorrogações devem ser formalizadas mediante regular processo administrativo, atentando-se para o fato de que não podem ser aditivados contratos cujo prazo de vigência já tenha expirado, seja por ausência de previsão legal, seja por encerramento natural.

O prazo de vigência constitui cláusula obrigatória dos contratos administrativos, assim como é vedado firmar contrato por prazo indeterminado.

13.9 ALTERAÇÃO DOS CONTRATOS

Os contratos administrativos podem ser alterados de forma unilateral, com a motivação devida, ou por acordo das partes. A alteração unilateral decorre da prerrogativa da Administração, sob a égide das cláusulas exorbitantes, de poder modificar o contrato com o fim de adequá-lo ao interesse público, a par da preservação do interesse pecuniário do contratado, consoante disciplina o artigo 58 da Lei Federal nº 8.666/93. Já, a alteração bilateral ou por acordo das partes implica, em regra, modificações resultantes de consenso, tendo-se ciência de que algumas são facultativas e outras obrigatórias.

No caso específico da chamada alteração unilateral, as hipóteses previstas em lei são duas. A primeira, de ordem qualitativa, contempla a modificação do projeto ou da especificação para melhor adequação técnica aos seus objetivos, e a segunda, de ordem quantitativa, prevê que o valor contratual poderá será modificado, por acréscimo ou diminuição dos quantitativos, nos limites legais permitidos.

Em se tratando da modificação do projeto ou da especificação, que deve ser cabalmente demonstrada, pode-se fazer a prorrogação do prazo de início da execução, de conclusão e de entrega do objeto contratado, tendo em vista a real necessidade de se coadunar o projeto a uma nova realidade ou a uma já existente, mas da qual não se tinha conhecimento, ou de se evitar prejuízos à Administração.

Quando ocorrer a modificação do valor contratual, em razão do acréscimo ou da diminuição quantitativa do objeto, o contratado ficará obrigado a aceitar, nas mesmas condições, os acréscimos ou as supressões, devendo a variação de preço guardar uma relação proporcional com o aumento/diminuição do objeto. Em ocorrendo o aumento de encargos para o contratado, a Administração deverá restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro por meio de aditamento.

Por outro lado, a alteração bilateral ou por acordo das partes far-se-á:

– primeiramente, quando houver conveniência na substituição da garantia da execução prevista no edital e no contrato, a qual ocorre, via de regra, por solicitação do contratado, por dedução do valor contratual ou por extinção da garantia anteriormente prestada.

– em segundo lugar, quando a modificação for necessária à execução da obra ou do serviço ou ao fornecimento, mediante comprovação técnica de que aquilo que foi pactuado originalmente não pode ser aplicado. Constatada a inviabilidade de se dar prosseguimento ao contrato, as partes terão de proceder ao ajuste devido.
– em terceiro, quando for indispensável alterar a forma do pagamento, em vista de eventos posteriores à celebração do contrato. No caso, deve ser mantido o valor inicial atualizado e está vedado pagamento antecipado sem que haja a correspondente execução da obra ou do serviço ou a contraprestação de fornecimento de bens.
– em quarto e último, quando for imperioso restabelecer a relação inicial entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração, a fim de se preservar a justa remuneração da obra, do serviço ou do fornecimento. A norma visa à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato e é aplicável ao surgirem fatos imprevisíveis; fatos previsíveis, mas de consequências incalculáveis; caso de força maior; caso fortuito ou fato do príncipe.

Para se viabilizarem essas alterações dos contratos administrativos, existe o chamado Termo Aditivo, o qual detém a função de registrar todos os eventos que alteram as bases contratuais, devendo ser observados, para tanto, os limites, os prazos e as regras previstos na legislação, bem como haver, para a eficácia do ato, sua publicação na Imprensa Oficial.

É firmado tal termo, dentre outras hipóteses, quando ocorrerem: alterações quantitativas que, em se tratando de compras, obras ou serviços, podem atingir até 25% (acréscimos ou diminuições) do valor inicial atualizado do contrato e, no caso de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (acréscimos); alterações qualitativas que impliquem aumento de encargos do contratado, e eventos que exijam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro inicial, sob a forma de revisão e de repactuação.

Já o chamado apostilamento consiste no registro que a Administração pode efetuar no verso do próprio termo de contrato ou na possibilidade de proceder à emissão de nota de empenho, se inexistente o termo. A publicação do apostilamento é desnecessária tendo em vista que reflete as variações oriundas de reajuste regularmente previsto, de atualização, de compensação ou atualização financeira e de suplementação de dotação orçamentária que não alteram a substância do contrato.

13.10 FORMAS DE MANUTENÇÃO DO VALOR E DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DO CONTRATO

Segundo a lei e a doutrina, existem diversas formas, passíveis de utilização pelos Gestores, que asseguram a manutenção do valor e da chamada equação econômico-financeira dos contratos administrativos. São elas:

a) Reajuste – O reajuste tem lugar quando ocorrem elevações nos preços dos bens, serviços ou salários, decorrentes da instabilidade econômica provocada por fatos previsíveis (movimentos inflacionários). Os critérios de reajuste devem constar, expressamente, no instrumento contratual, tomando por base os índices oficiais a serem aplicados na data-base e na periodicidade de reajustamento de preços estabelecidos no contrato.

O reajuste tem o objetivo de retratar a variação do custo da produção ou da variação de valor que determinava a composição de preço e só pode ocorrer após um ano da data da apresentação da proposta, com periodicidade anual, conforme o índice fixado no edital ou no contrato.

b) Correção monetária ou atualização financeira – A correção monetária ou atualização financeira objetiva corrigir monetariamente a prestação, desde a data do adimplemento da obrigação contratual até a data em que é, de fato, efetivado o pagamento. Refere-se, em suma, à desvalorização da moeda no período em que houver atraso no pagamento da contraprestação mensal devida pela Administração.

c) Repactuação – Os contratos administrativos que têm por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua poderão ser repactuados, desde que isso esteja previsto no edital e no contrato, visando à adequação aos novos preços de mercado – observado um interregno mínimo de um ano – com base na demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada e comprovada.

d) Realinhamento, recomposição ou revisão – O instituto da revisão, utilizado para fins de reequilíbrio econômico do contrato, não deve ser utilizado quando ocorrerem flutuações econômicas e de mercado

previsíveis, riscos inerentes suportáveis e acréscimos isolados dos custos operacionais dos serviços, pois tão somente uma alteração grave e inesperada das condições pactuadas decorrente de álea extraordinária implicaria a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* (a convenção não permanece em vigor se as coisas não permanecerem como eram no momento da celebração).

Os contratos também poderão ser revistos se, após a data da apresentação da proposta, houver a criação, a alteração ou a extinção de tributos ou encargos legais. A revisão poderá ser para mais ou para menos, conforme tenha havido criação, aumento, extinção ou diminuição desses tributos ou encargos. Não se faz necessário aguardar prazos para que a Administração conceda a revisão contratual, porque tal procedimento deporia contra a realidade e a vontade da lei. Verificada a ocorrência dos pressupostos, a revisão será admitida, independentemente do tempo ou de qualquer outro condicionante.

e) Equilíbrio econômico-financeiro – O equilíbrio econômico-financeiro compreende a relação entre os encargos do contratado e a remuneração correspondente no momento da celebração do contrato, a qual deve ser assegurada durante toda a sua vigência.

A Lei Federal nº 8.666/93 reconhece o direito ao reequilíbrio do contrato, em especial, nos §§ 1º e 2º do artigo 58 e no § 6º do artigo 65, que tratam, respectivamente, da anuência prévia do contratado às alterações das cláusulas econômico-financeiras e monetárias, da revisão das citadas cláusulas quando de modificação unilateral para atender ao interesse público e da alteração unilateral que provoca aumento de encargos do contratado.

No contrato administrativo, havendo um desequilíbrio proveniente de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, e retardadores, ou impeditivos da execução do ajuste, como caso de força maior, caso fortuito, fato do príncipe e fato da Administração, o contrato há que ser revisto, pela aplicação da teoria da imprevisão (projeção da *rebus sic stantibus*). A recomposição da equação financeira original do contrato exige a configuração de álea econômica extraordinária e extracontratual.

O reequilíbrio econômico-financeiro não deve ser confundido com reajuste ou com atualização monetária, visto que o reequilíbrio significa o restabelecimento da equação econômico-financeira originalmente pactuada. O reajuste e a atualização monetária não configuram alterações contratuais, pois não modificam a substância do contrato, nem lhe afetam a equação econômico-financeira.

13.11 EXTINÇÃO, INEXECUÇÃO E RESCISÃO DO CONTRATO

A extinção do contrato é o término do vínculo obrigacional entre contratante e contratado que se pode dar pela conclusão do objeto, pelo término do prazo, pela rescisão ou pela anulação do ajuste. Na conclusão do objeto, o ato administrativo da extinção é o recebimento definitivo; no término do prazo, é o decurso do tempo determinado contratualmente; na rescisão, a cessação antecipada do vínculo, e, na anulação, o reconhecimento da ilegalidade na formação do vínculo ou em cláusula essencial do contrato.

De outra parte, a inexecução constitui-se no descumprimento total ou parcial das cláusulas contratuais e pode ocorrer por inadimplemento culposo ou sem culpa. No primeiro, o contratado age com imperícia, negligência ou imprudência quando do atendimento de suas obrigações; no segundo, há a ocorrência de fatos imprevisíveis, estranhos à vontade do contratado.

Dentre as causas caracterizadoras de inexecução sem culpa, destacam-se as seguintes:

- força maior: fato humano que constitui obstáculo intransponível à execução do contrato;
- caso fortuito: evento da natureza impeditivo à execução do contrato;
- fato do príncipe: determinação administrativa que onera excessivamente os custos do contratado, a exemplo da criação de tributos e encargos legais;
- fato da administração: qualquer conduta da Administração que afete diretamente a contratante, como a não entrega do local de realização da obra.

A inexecução total ou parcial do contrato administrativo ensejará, em regra, a sua rescisão, podendo qualquer das partes dar causa à rescisão, uma vez que existem obrigações tanto para o particular como para a Administração. Há situações, porém, que, independentemente da vontade das partes, a rescisão acontecerá pela impossibilidade de se concretizar a execução do objeto do ajuste.

Os motivos da rescisão do contrato estão previstos nos incisos I a XVII do artigo 78 da Lei Federal nº 8.666/93, e ela poderá ocorrer por ato unilateral da Administração, por acordo entre as partes, isto é, de forma amigável, e por meio judicial.

A Administração poderá rescindir unilateralmente o contrato, sem que haja culpa do contratado, nos casos de razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato, ou quando da ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

Quando a rescisão ocorrer sem que haja culpa do contratado, será ele ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que tenha sofrido, sendo-lhe respeitado o direito à devolução da garantia, aos pagamentos que lhe são devidos pela execução do contrato até a data da rescisão e ao pagamento do custo de desmobilização.

Já, a rescisão unilateral pela Administração, caracterizada pela culpa do contratado, acontece nas seguintes situações:

- não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;
- cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;
- lentidão no cumprimento do contrato, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento nos prazos estipulados;
- atraso injustificado no início da obra, do serviço ou do fornecimento;
- paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;
- subcontratação total ou parcial do objeto do contrato, associação do contratado com outrem, cessão ou transferência, total ou parcial, bem como fusão, cisão ou incorporação não admitidas no edital e no contrato;
- desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a execução, assim como das de seus superiores;
- cometimento reiterado de faltas na execução do contrato;
- decretação da falência ou instauração de insolvência civil;
- dissolução da sociedade ou falecimento do contratado, e
- alteração social ou modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudiquem a execução do contrato.

Os casos anteriormente enunciados acarretarão para o contratado, sem prejuízo das sanções legais previstas, a assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrarem, por ato próprio da Administração; a ocupação pela Administração e a utilização do local, das instalações, dos equipamentos, do material e de pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade; a execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos, e a retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.

A rescisão administrativa ou amigável deverá ser precedida de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente, podendo concretizar-se, mediante requerimento do contratado, por motivo de supressão parcial, de suspensão da execução, de atraso de pagamento e de não liberação, nos seguintes termos:

- supressão parcial, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato além do limite legalmente permitido;
- suspensão da execução do contrato, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou, ainda, por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e imprevistas desmobilizações e mobilizações e por outras previstas. É assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;
- atraso de pagamento superior a 90 dias, decorrente de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;
- não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto.

Ressalte-se que a Administração, ainda que caracterizadas as causas passíveis de rescisão, deve sempre avaliar a conveniência de manter o contrato por razões de interesse público.

13.12 SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

Em virtude das prerrogativas da Administração albergadas nas denominadas cláusulas exorbitantes, tem ela competência para aplicar sanções administrativas, desde que devidamente motivadas.

Existem três hipóteses legais que podem sujeitar o contratado à aplicação de sanções. A primeira em caso de o adjudicatário recusar-se a assinar o contrato, a aceitar ou a retirar instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido, de forma injustificada; a segunda está tipificada no atraso injustificado na execução do contrato, e a terceira quando houver inexecução total ou parcial do objeto contratado.

Na legislação pertinente, encontram-se estabelecidas quatro sanções que a Administração está autorizada a aplicar, são elas: advertência, multa, suspensão temporária e declaração de inidoneidade.

A advertência é a sanção de menor gravidade, aplicada por escrito, nos casos de inexecução parcial do objeto contratado; possui caráter corretivo e implica uma fiscalização mais severa por parte da Administração.

A multa é uma sanção de natureza pecuniária aplicável quando da inexecução parcial ou total do contrato, devendo estar prevista no instrumento convocatório e no contrato. Há que se distinguir a multa moratória, prevista no artigo 86, da multa sancionatória, de que trata o artigo 87, ambos da Lei Federal nº 8.666/93, atentando-se para os respectivos fatos geradores que correspondem, na mesma ordem, ao atraso injustificado na execução do contrato e ao seu inadimplemento parcial ou total. Essas multas são as únicas que admitem cumulatividade com outras sanções legalmente previstas, podendo, além disso, a Administração compensar o seu valor com as garantias prestadas pelo contratado que, se superior, deverá ser descontado dos pagamentos devidos, ou cobrado mediante acordo administrativo entre as partes ou, ainda, cobrado judicialmente.

A suspensão temporária de licitar e o impedimento de contratar com a Administração são sanções para faltas mais graves, com prejuízo aos interesses do serviço pela não execução do contrato, de forma parcial ou total, decorrente de comportamento culposo. Nessas situações, a Administração pode graduar a pena em até dois anos, proporcionalmente à gravidade do fato.

A hipótese da declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, por inexecução parcial ou total do contrato, a par de ser a sanção mais grave, aplica-se aos casos em que a inexecução resultou de conduta dolosa do contratado. É uma penalidade cominada por prazo indeterminado, pois seus efeitos perduram enquanto não for promovida a reabilitação, mediante ressarcimento pelo contratado dos prejuízos causados, depois de decorrido o período de dois anos.

A Administração, quando da aplicação de sanções administrativas, deverá assegurar a ampla defesa e o contraditório, dando ciência ao contratado e abrindo prazo para sua manifestação que, no caso de advertência, multa e suspensão temporária, é de cinco dias úteis e, de declaração de inidoneidade, de dez dias corridos.

13.13 PONTOS DE CONTROLE

A Administração, em observância aos princípios e às normas que regem a atuação do gestor público, em especial quanto aos contratos administrativos, deve implementar todas as medidas e todos os cuidados assecuratórios à correta aplicação dos recursos e à preservação do interesse público. Nesse sentido, alguns aspectos, denominados de Pontos de Controle, merecem especial atenção do gestor público pelo grau de responsabilização ou solução de continuidade que implica o seu descumprimento.

Esses Pontos de Controle vão, a seguir, destacados.

- Atender ao princípio da publicidade, tanto na celebração do contrato quanto na de seus termos aditivos.
- Garantir ao contratado a ampla defesa e o contraditório, quando couber, sob pena de risco de anulação do respectivo ato administrativo.
- Verificar, quando o contrato tiver por origem adesão a um sistema de registro de preços, se existe permissivo autorizando essa adesão no ato convocatório e se as quantidades não ultrapassam os limites percentuais legalmente estabelecidos.
- Aplicar ao contratado as sanções contratuais cabíveis, revisando a sua aplicação somente em casos devidamente motivados, mediante parecer fundamentado em documentação comprobatória anexada aos autos.
- Contratar por dispensa ou inexigibilidade de licitação somente quando houver perfeito enquadramento com a hipótese legal, sob pena de invalidar todo o procedimento de contratação.

- Realizar a contratação direta, devidamente motivada e fundamentada na lei, somente quando for efetivamente necessária, pois a regra é a licitação.
- Adotar as cautelas necessárias na hipótese de contratação direta por urgência ou emergência, para não caracterizar falta de planejamento, desídia pela não tomada de decisão no momento oportuno ou pela prática de atos a que tenha concorrido por dolo ou culpa.
- Observar os limites percentuais fixados, quando da exigência da garantia, bem como assegurar sua complementação sempre que ocorrer acréscimo do valor do contrato.
- Solicitar apresentação da garantia quando da assinatura do contrato.
- Não colocar cláusula de reajuste em contratos com prazo de duração inferior a 12 meses.
- Fiscalizar os prazos de execução em consonância com o cronograma físico-financeiro.
- Designar fiscal para acompanhar a execução do contrato que, em nome do princípio da segregação de funções, não deverá recair na pessoa do gestor do contrato ou de quem recebe o objeto contratado.
- Não prorrogar o prazo de contratos que se encontram com a vigência encerrada, à exceção dos contratos de obras e de serviços de engenharia, os quais poderão ser prorrogados, em caráter excepcional, desde que devidamente justificado.
- Coibir a subcontratação efetuada à revelia ou acima dos limites fixados no ato convocatório e no contrato.
- Obedecer à ordem cronológica do vencimento das obrigações, quando do pagamento.
- Evitar o fracionamento de contratações, com o mesmo objeto, que possam ser realizadas conjuntamente, pois isso poderá ser considerado um expediente para dispensar a licitação indevidamente ou para se adotar uma modalidade de licitação diversa da exigida e prevista para o valor total dos contratos.
- Verificar se o contratado está mantendo, ao longo do contrato, as condições exigidas para a sua habilitação, em especial as referentes às obrigações previdenciárias atinentes à sua execução, tendo em vista a responsabilidade solidária, de caráter subsidiário, da Administração.
- Incluir no cadastro de fornecedores impedidos de licitar e contratar com a Administração Pública estadual as pessoas físicas e jurídicas que não cumprirem ou cumprirem parcialmente as obrigações contratuais.
- Supervisionar a realização do exame e das verificações relativas ao recebimento provisório e ao definitivo do objeto contratado nos prazos legais previstos, sob pena de incorrer em aceitação presumida.
- Promover o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato tão somente em caso de força maior, caso fortuito, fato do príncipe e fato da Administração, ou fato imprevisível, ou previsível, mas de consequência incalculável; que retarde ou impeça a execução do contrato, desde que necessariamente comprovado.

14. CONVÊNIOS

Sumário: 14.1 Definição e Considerações Gerais - **14.2** Legislação - **14.3** Habilitação, Celebração e Formalização do Convênio - **14.4** Execução do Convênio - **14.5** Prestação de Contas - **14.5.1** Prestação de Contas Parcial - **14.5.2** Prestação de Contas Final - **14.6** Cadastro para Habilitação em Convênios do Estado - **14.7** Módulo de Convênios - **14.8** Pontos de Controle - **14.9** Perguntas e Respostas.

14.1 DEFINIÇÃO E CONSIDERAÇÕES GERAIS

Com base nas lições do administrativista José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 243), convênios administrativos são

> (...) ajustes firmados por pessoas administrativas entre si, ou entre estas e entidades particulares, com vistas a ser alcançado determinado objetivo de interesse público.

A Instrução Normativa CAGE nº 1, de 21 de março de 2006, pela redação atual do inciso I do artigo 2º, conceitua convênio como

> instrumento utilizado para a transferência de recursos, tendo como partícipes, de um lado, órgão ou entidade da Administração Pública Estadual e, de outro, órgão público ou organização privada, visando à execução descentralizada de programas, projetos ou atividades de interesse comum, em regime de mútua cooperação.

Em síntese, pode-se afirmar que o convênio é um acordo de vontades, de caráter voluntário e formal, que tem por objetivo a realização de interesses institucionais comuns entre os partícipes (União, Estados, Municípios e entidades públicas ou privadas), mediante a transferência, ou não, dos recursos financeiros e a mútua colaboração e sem a finalidade de lucro. Como regra, existem dois entes, públicos ou privados, que figuram quando da celebração dos convênios, quais sejam: o concedente e o convenente.

Concedente – conforme o inciso III do artigo 2º da Instrução Normativa CAGE 01/06, é o "órgão ou entidade da Administração Pública Estadual, direta ou indireta, responsável pela transferência dos recursos financeiros ou pela descentralização dos créditos orçamentários, destinados à execução do objeto do convênio".

Convenente – Nos termos do disposto no inciso IV do artigo 2º da Instrução Normativa CAGE nº 01/06, é a "pessoa jurídica, de direito público ou privado, com a qual o órgão ou entidade da Administração Estadual pactuar a execução de programa, projeto ou atividade mediante a celebração de convênio".

Outras pessoas jurídicas poderão figurar no convênio celebrado, tais como o chamado interveniente, que, embora não seja um partícipe obrigatório, pode participar do convênio manifestando o seu consentimento ou assumindo obrigações na execução do objeto em nome próprio, como, por exemplo, o acompanhamento, a supervisão, a fiscalização e o gerenciamento da execução do objeto conveniado. Consoante dispõe o inciso V do artigo 2º da Instrução Normativa CAGE nº 01/06, será considerado interveniente a "pessoa jurídica de direito público ou privado que participa do convênio para manifestar consentimento ou assumir obrigações na execução do objeto em nome próprio".

Cabe enfatizar que a obrigatoriedade de celebração de convênio não se aplica aos casos em que houver uma lei específica que discipline a transferência de recursos para execução de programas do Governo Estadual em parceria com outras entidades públicas ou privadas, nos termos do artigo 18, da Instrução Normativa CAGE nº 01/06.

Na celebração de convênio cujos recursos sejam oriundos de dotações orçamentárias da União, dos Estados e dos Municípios, e em que o ente público estadual seja convenente ou interveniente, serão aplicadas as normas da legislação específica do respectivo ente público concedente. E, nos casos em que houver o envolvimento de organismos internacionais como concedentes dos valores, aplicar-se-ão as regras estabelecidas no acordo entre as partes.

14.2 LEGISLAÇÃO

- Constituição Federal, artigo 241
- Constituição Estadual, artigo 148
- Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, artigo 116
- Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO
- Lei Estadual nº 10.697, de 12 de janeiro de 1996
- Decreto Federal nº 6.170, de 25 de julho de 2007
- Decreto Estadual nº 44.874, de 30 de janeiro de 2007
- Decreto Estadual nº 49.932, de 05 de dezembro de 2012
- Ordem de Serviço do Governador do Estado nº 167/1995-1998
- Ordem de Serviço do Governador do Estado nº 60/2003-2006
- Instrução Normativa STN nº 01, de 15 de janeiro de 1997
- Instrução Normativa CAGE nº 04, de 04 de agosto de 1997
- Instrução Normativa CAGE nº 01, de 21 de março de 2006
- Instrução Normativa CAGE nº 05, de 27 de dezembro de 2006
- Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU nº 507, de 28 de novembro de 2011

14.3 HABILITAÇÃO, CELEBRAÇÃO E FORMALIZAÇÃO DO CONVÊNIO

A habilitação é uma etapa anterior à celebração de convênios com a Administração Pública Estadual, e deve ocorrer perante o órgão ou a entidade responsável pelo repasse de recursos. Para o procedimento de habilitação, os convenentes deverão apresentar os documentos previstos no artigo 5º da Instrução Normativa CAGE nº 01/06. A documentação necessária varia conforme a qualificação do convenente: se for um Município, os documentos serão os que estão arrolados no inciso I; para as demais entidades, a documentação será a descrita no inciso II. Cabe ressaltar que, conforme o § 6º do mesmo artigo, tanto para os Municípios quanto para as demais entidades, os documentos para habilitação poderão ser substituídos por uma Certidão de Regularidade obtida junto ao Cadastro para Habilitação em Convênios do Estado – CHE, administrado pela Contadoria e Auditoria-Geral do Estado.

Cumprida com êxito a fase de habilitação, o convenente, já habilitado, deverá apresentar um Plano de Trabalho, utilizando-se, para tanto, do formulário anexo à Instrução Normativa CAGE nº 01/06. Os requisitos para celebração de um convênio estão indicados nos artigos 6º a 8º da referida Instrução Normativa, principalmente o que contempla a elaboração de um Plano de Trabalho, que deverá ser preenchido de forma integral, sem que nele constem rasuras, e devidamente assinado pela autoridade competente, sob pena de sua devolução sem inclusão no sistema FPE. Após esses procedimentos, deverá ser protocolado no órgão ou na entidade responsável pelos repasses, onde será aberto processo administrativo próprio. Imprescindível também é a indicação dos interesses comuns e coincidentes, os quais devem acenar para uma finalidade pública a ser alcançada.

Ressalte-se que todos os convênios deverão ser registrados no Módulo de Convênios do FPE, sem exceções em relação ao seu objeto ou à previsão de transferência de recursos financeiros, nos termos do artigo 2º da Ordem de Serviço do Governador do Estado nº 060/03-06.

Cumpridas as exigências dos artigos 6º e 7º da Instrução Normativa CAGE nº 01/06, o processo será submetido à análise do órgão ou da entidade concedente, tramitando pelos setores de planejamento, administrativo, financeiro e pela assessoria jurídica, os quais analisarão o Plano de Trabalho já aprovado e também a minuta de convênio.

Os convênios somente serão submetidos aos chefes dos Poderes e órgãos após a análise dos setores anteriormente indicados ou, em se tratando de convênios firmados com a Administração Direta, depois da

manifestação favorável da Seccional da CAGE junto ao órgão responsável pelo convênio. Não sendo aprovada a sua realização, essa decisão será comunicada ao Município ou à entidade, arquivando-se o processo. Aprovada a realização do convênio, no âmbito do órgão ou da entidade da Administração Pública, será firmado o Termo de Convênio, o qual deverá observar as formalidades essenciais previstas no artigo 9º da Instrução Normativa CAGE nº 01/06.

Na formalização dos convênios, deverão ser rigidamente observadas as vedações constantes nos incisos I a V do § 2º do artigo 9º da aludida Instrução Normativa, ou seja, a proibição da inclusão de cláusulas ou condições que prevejam ou permitam:

a) alteração do objeto do convênio detalhado no Plano de Trabalho mediante Termo Aditivo;
b) pagamento de gratificação, honorários por serviços de consultoria, de assistência técnica e assemelhados ou qualquer outra forma de remuneração a servidores que pertençam aos quadros de pessoal da Administração Direta, das Autarquias e das Fundações da União, do Estado e dos Municípios, bem como pagamento de despesas a título de taxa de administração ou de gerência ou similares;
c) utilização dos recursos em finalidade diversa da estabelecida no respectivo instrumento, ainda que em caráter de emergência, e atribuição de efeitos financeiros retroativos;
d) realização de despesas em data anterior ou posterior à vigência do convênio, e
e) realização de despesas com multas, juros ou correção monetária, inclusive referentes a pagamentos ou recolhimentos fora do prazo.

Enfatize-se que a eventual inobservância das vedações supracitadas resultará na nulidade do ato e na responsabilidade do administrador do órgão ou da entidade concedente. Como uma forma de melhor ilustrar as fases do convênio a serem observadas, apresenta-se o fluxograma a seguir:

CAGE/DCD

Processo: Celebração de Convênio - Transferências Voluntárias

Fluxo	Responsável	Referência	Observações
Varificar Previsão no Orçamento do	Concedente/Convenente	Orçamento do Estado - LDO	Execução de programas, projetos e atividades previstos no orçamento do Estado onde sua realização possa ser transferida para Municípios ou Entidades.
Propor Transferência	Concedente/Convenente	Disponibilidade orçamentária	Verificar disponibilidade orçamentária.
legais p/ Habilitação	Convenente	Documentos comprobatórios	O convenente deverá apresentar a documentação conforme Instruções Normativas CAGE 01/2006
plano	Convenente	Documento descritivo	Descrição completa do objeto a ser executado, inclusive informações de ordem financeira. Modelo conforme IN CAGE n° 1/2006
Anexar documentação	Convenente	Projeto básico, Licença Ambiental, autorização legislativa, etc	Documentos necessários para a elaboração do objeto conveniado.
Analisar Plano de Trabalho e demais documentos	Concedente	Plano de Trabalho, Projeto Básico, Licença ambiental, autorizações, etc.	A documentação será analisada quanto a sua adequação técnica, jurídica e financeira.
documentos	Concedente	Documentos apresentados	Após a análise poderá ser constatada a necessidade de ajustes/adequações no Plano de Trabalho ou Projeto, bem como a falta de documentos necessários.
Abrir Processo Administrativo	Concedente	Processo Administrativo - SPI	Documentação de habilitação Plano de Trabalho Aprovado Projeto Básico Documentação Técnica Etc...
Cadastrar o Convênio no FPE	Concedente	Módulo de Convênios do FPE. Ordem de Serviço do Governador 060/2003-2006	Após o Cadastramento, seguir o fluxo indicado em aba específica do Módulo, que irá variar conforme o tipo de convênio.
Elaborar Minuta	Concedente	Instrução Normativa CAGE nº 1/2006 e artigo 116 da Lei Federal nº 8666/1993.	Atentar para a descrição clara das atribuições e responsabilidades dos partícipes
Analise jurídica do	Concedente	Parágrafo único do artigo 38 da Lei Feral nº 8666, de 21.06.1993	Parecer Jurídico
Análise e aprovação do	CPROF e JUNCOF	Módulo de Convênios do FPE e Processo administrativo	O Processo Administrativo somente será encaminhado ao CPROF ou JUNCOF se solicitado (Decreto nº.45.124/2007 e 45125/2007)
Análise da Minuta	Seccional da CAGE (Adm Direta)	IN CAGE 01/2006 e Decreto nº 44.874/2007	Será analisado todo o processo Administrativo.
	concedente (Adm. Indireta)		
Delegação de	Casa Civil	Parágrafo primeiro do artigo 82 da Constituição do Estado	Somente para Órgão da Adm. Direta. Esta situação ocorrerá quando o próprio Governador do Estado não assinar o convênio.

Assinar Convênio	Concedente e Convenente	Instrumento Assinado e após alterar para assinado no FPE.	o FPE a situação do convênio deverá ficar na situação de Liberado para a Assembleia Legislativa.
Publicar súmula	Concedente	Princípio da Publicidade (artigo 19 da Constituição Estadual)	Deverá ser observado o prazo previsto no parágrafo único do artigo 61 da Lei Federal nº 8.666/1993
Ciênca à Assembleia	Concedente	O Módulos de Convênios e Constratos de Repasse do FPE já esta preparado para, de forma automática, dar ciência à Assembleia Legislativa sobre o convênio firmado por qualquer Unidade da Administração do Estado. Até a sua concretização o Concedente continuará informando como vem ocorrendo.	
Liberar Parcelas	Concedente	Plano de Trabalho. Artigo 116 da Lei Federal nº 8666/1993 e Artigo 10 da IN CAGE nº 1/2006	Conforme Cronograma de Desembolso do Plano de Trabalho e registrado no Módulo de Convênios do FPE o artigo 10 da IN CAGE 01/2006.
Executar Etapas	Convenente/Executor	Cronograma de Execução	A execução deverá obedecer o cronograma de execução firmado no convênio.
Acompanhar e	Concedente/Interveniente	Relatório Laudo Técnico Laudo de vistoria Termo de Recebimento Parecer Técnico	Fiscalização da execução física, do cumprimento dos objetivos e da correta e regular aplicação dos recursos.
sem aditivo: Proposta de aditivo	concedente/convenente	IN CAGE nº 1/2006	
Elaborar aditivo	concedente	IN CAGE nº 1/2006 e Lei Federal 8666/1993	Observar o contido no § 1º do artigo 11 da IN 1/2006
Cadastrar aditivo no FPE	concedente	Módulo de Convênios no FPE	Para o Órgão gerar adititivo o convênio cadastrado deverá estar na situação de assinado/liberado para a Assembleia Legislativa e vigente.
Prestar contas Parcial	Convenente	IN CAGE nº 1/2006 e Artigo 116 da Lei Federal 8666/1993	Apresentar, ao Concedente, documentação comprovante da execução de etapas previstas no convênio
Prestar contas FINAL	Convenente	IN CAGE nº 1/2006 e Artigo 116 da Lei Federal 8666/1993	Apresentação de documentação comprovante da execução total do convênio ao final da vigência.

Lista de Distribuição:	
Convenente	Propor o convênio, protocolar solicitação e zelar pela boa aplicação dos recursos colocados a disposição
Concedente	Aprovar e acompanhar/fiscalizar a execução do objeto, liberando valor adequado, bem como exigir prestação de contas dos recursos aplicados.
Interveniente	Aprovar e acompanhar o objeto conveniado sob os aspectos técnicos
Executor	Executar o objeto do convênio

Os órgãos e as entidades estaduais, para assegurar a regularidade e a adequação dos processos de celebração e execução de convênios, deverão segregar funções como segue:

- **Área administrativa:** autua, formaliza o processo e analisa documentação.
- **Área técnica:** analisa, elabora minuta e emite parecer, bem como efetua o acompanhamento físico.
- **Área de orçamento e finanças:** analisa, providencia liberação de recurso e solicita empenho/liquidação da despesa.
- **Área jurídica:** analisa e emite parecer jurídico.

Registre-se que, quando ocorrer a chamada prorrogação de ofício, nos termos estabelecidos na alínea "a" do § 1º, inciso V, artigo 11, da Instrução Normativa CAGE nº 01/06, o respectivo ato de prorrogação deverá ser inserido no processo administrativo, gerar a prorrogação de Ofício (gerar *ex officio*) no Módulo de Convênios, o qual, após o fluxo indicado, deverá ser concluído pelo Titular da Unidade ou por Servidor por ele indicado e, finalmente, publicação no Diário Oficial do Estado.

Importa ressaltar, outrossim, que os eventuais aditivos aos convênios deverão ser firmados durante o período de sua vigência, ou seja, durante o período de execução do objeto conveniado, não estando compreendido nesse período de vigência o prazo previsto para a prestação de contas.

14.4 EXECUÇÃO DO CONVÊNIO

As responsabilidades dos partícipes do convênio, no tocante à sua execução, constam nas respectivas cláusulas do instrumento firmado e devem atender, quando o Estado for o concedente, às exigências previstas na Instrução Normativa CAGE nº 01/06, ou, quando os recursos forem repassados pela União, na condição de concedente, às previstas em normativos federais, como a IN STN nº 01/97 e Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU nº 507, de 28 de novembro de 2011, ou, ainda, se os recursos forem de origem internacional, às regras estipuladas no acordo entre as partes.

Cabe destacar, por oportuno, alguns cuidados importantes a serem observados pelo gestor, através do fiscal por ele nomeado em Portaria, conforme previsto no § 3º do artigo 10 da Instrução Normativa CAGE nº 01/2006, durante a execução do objeto conveniado, a saber:

- verificar se o objeto está sendo executado ou foi executado nos exatos termos estabelecidos, impedindo a ocorrência de desvios da finalidade originalmente pactuada;
- observar e acompanhar o andamento do cronograma de execução, evitando atrasos não justificados no cumprimento de etapas ou fases programadas;
- zelar para que as cláusulas e as condições estabelecidas no convênio sejam efetivamente cumpridas;
- não permitir a utilização do recurso recebido em desacordo com o previsto no objeto e no Plano de Trabalho do convênio, sob pena de ocorrer sua rescisão ou extinção antecipada, bem como estar sujeito à devolução dos recursos recebidos, além de eventual responsabilização em processo de tomada de contas;
- não realizar quaisquer despesas fora do período de vigência do convênio. Cabe aqui salientar que o período concedido para a prestação de contas do convênio não faz parte do período de vigência (inciso IV do artigo 9º da Instrução Normativa CAGE nº 01/06);
- estar ciente de que, em caso de denúncia, conclusão, rescisão ou extinção do convênio, os saldos deverão ser devolvidos em, no máximo, 30 dias, sob pena de instauração de tomada de contas especial (artigo 116, § 6º, da Lei Federal nº 8.666/93);
- exigir, quando o objeto do convênio for executado em etapas e os repasses dos recursos ocorrerem em parcelas, a prestação de contas parcial, relativa à etapa anterior, como condição para o repasse da parcela seguinte (artigo 11, I, da Instrução Normativa CAGE nº 01/06);
- exigir do convenente a manutenção de conta bancária específica para o convênio, devendo os cheques emitidos ser nominais. Não devem ser permitidos saques para pagamento a fornecedores de bens e serviços;
- considerar que, durante a execução do convênio, poderá haver a necessidade de serem alteradas determinadas cláusulas ou condições inicialmente pactuadas. Nesse caso, uma das partes poderá apresentar proposta de repactuação mediante Termo Aditivo, a qual deverá conter as justificativas necessárias e, se for o caso, um novo Plano de Trabalho ajustado à nova proposta. Eventual alteração proposta, a ser efetivada mediante aditivo, não poderá, contudo, ensejar a alteração do objeto do convênio detalhado no Plano de Trabalho (artigo 9º, § 2º, I, da Instrução Normativa CAGE nº 01/06);
- exigir do convenente a devida contribuição referente à contrapartida, nos termos previstos no instrumento do convênio. Entende-se por contrapartida, nos termos do inciso XI do artigo 2º da Instrução Normativa CAGE nº 01/06, o valor economicamente mensurável, podendo ser representado por meio de recursos financeiros, bens ou serviços, previamente estabelecidos, provenientes de recursos próprios, com que a Convenente irá participar do projeto. Em se tratando de Municípios, deverá ser observado o disposto na Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO do Estado;
- atentar para que os encargos fiscais, comerciais, trabalhistas e previdenciários ou outros de qualquer natureza, decorrentes das operações efetuadas para a execução do convênio, sejam cumpridos conforme legislação vigente;
- exigir do convenente a apresentação das prestações de contas, na forma e nos prazos fixados no instrumento do convênio;
- atentar para o fato de que, no caso de inadimplência ou de paralisação parcial ou total injustificadas, o concedente, conforme o caso, deverá assumir o controle, inclusive dos bens e materiais, e a execução do convênio, podendo transferir a responsabilidade pela execução a outro interessado.

14.5 PRESTAÇÃO DE CONTAS

A Instrução Normativa CAGE nº 01/06, em seu capítulo VI, artigos 11 a 13, disciplina todos os procedimentos necessários e todas as normas exigíveis quanto à prestação de contas dos convênios em geral.

Independentemente disso, é importante destacar alguns aspectos atinentes à prestação de contas parcial e à prestação de contas final.

14.5.1 Prestação de Contas Parcial

A chamada prestação de contas parcial ocorre quando a documentação apresentada, para fins de prestação de contas, refere-se àquela que visa a comprovar a execução e o recebimento de uma das parcelas (em

caso de convênios realizados em etapas e com previsão de repasses em parcelas) ou se refere à execução dos recursos recebidos ao longo do ano (em caso de convênios plurianuais). (inciso I do artigo 11 da Instrução Normativa CAGE nº 01/06)

Quando a liberação dos recursos se der de forma parcelada, a prestação de contas referente à parcela recebida é condição para a liberação da seguinte (inciso IV do artigo 11 da Instrução Normativa CAGE nº 01/06).

14.5.2 Prestação de Contas Final

A prestação de contas final ocorre quando a documentação comprobatória das despesas realizadas é apresentada ao final da execução do objeto do convênio, devendo ser essa prestação de contas apresentada em até 60 dias após o termino da vigência do Convênio (artigo 11 da Instrução Normativa CAGE nº 01/06).

Caso o convenente (beneficiário) não a apresente no prazo exigido, ficará sujeito ao previsto no § 4º do artigo 11 da Instrução Normativa CAGE nº 01/06, ou seja, à devolução dos valores transferidos, devidamente atualizados. Se verificada a ausência injustificada de prestação de contas, ou a aplicação dos recursos transferidos em desacordo com o objeto do convênio, ou, ainda, quando houver prejuízo ao erário, deverá o gestor providenciar a instauração de tomada de contas especial, na forma da legislação pertinente (artigo 16 da Instrução Normativa CAGE nº 01/06).

14.6 CADASTRO PARA HABILITAÇÃO EM CONVÊNIOS DO ESTADO

O Cadastro para Habilitação em Convênios do Estado – CHE foi instituído pela Instrução Normativa CAGE nº 05/06, com a finalidade de simplificar a fase de habilitação das entidades partícipes que venham a firmar convênios com os entes públicos estaduais, de modo que toda a documentação de habilitação prévia exigida pela Instrução Normativa CAGE nº 01/06 (que dispõe sobre os convênios no âmbito do Estado do RS) seja apresentada em uma única vez, dentro de um determinado período de validade.

O mencionado cadastro, disponível no endereço www.che.sefaz.rs.gov.br, centraliza o recebimento e o registro dos documentos necessários à habilitação, gerando uma Certidão de Regularidade, chamada de Certidão do CHE. Esta substitui as inúmeras cópias de documentos comprobatórios de regularidade exigidos pela legislação pertinente (tais como Certidões Negativas de Débitos – CND relativas ao INSS e FGTS e à Fazenda Estadual, Certidões do Tribunal de Contas do Estado – TCE e da Secretaria do Tesouro Nacional – STN), anteriormente juntadas em cada expediente em que havia uma proposta de celebração de convênio, no âmbito do Estado do RS.

O cadastramento ao CHE deve ser efetuado na Contadoria e Auditoria-Geral do Estado – CAGE, responsável pela guarda e validação da documentação entregue, bem como pela emissão da Certidão do CHE, nos termos do § 5º do artigo 1º da Instrução Normativa CAGE nº 05/06.

O referido cadastro tem atendido, preponderantemente, aos Municípios do Rio Grande do Sul e, a partir da edição da Circular CAGE nº 03, de 11 de junho de 2012, comprova o atendimento, pelo Município, do disposto no inciso I do § 1º do artigo 51 da Lei Complementar 101, de 04 de maio de 2000, no que se refere ao Poder Executivo estadual, que trata da entrega de cópias das contas municipais relativas ao exercício anterior.

14.7 MÓDULO DE CONVÊNIOS

A Ordem de Serviço do Governador do Estado nº 060/03-06 implantou, no âmbito do Estado do RS, o chamado Módulo de Convênios, a ser operacionalizado no Sistema de Finanças Públicas do Estado – FPE. Esse módulo tem a finalidade de organizar o fluxo, centralizar os dados e disponibilizar informações gerenciais sobre os ajustes firmados pelo Estado na condição de concedente, convenente, interveniente ou executor.

Conforme dispõem a Ordem de Serviço nº 060/03-06 e a Instrução Normativa CAGE nº 01/06, todo convênio deverá ser cadastrado no Sistema FPE – Módulo de Convênios, seguindo o fluxo de acordo com as suas características.

Ressalte-se que o fluxo detalhado dos procedimentos relativos aos convênios celebrados pelo Estado do RS está disponível para consulta no próprio Módulo de Convênios, item Ajuda (?).

14.8 PONTOS DE CONTROLE

É importante que todos os convênios celebrados pelos entes públicos estaduais sejam controlados em seus aspectos qualitativo e quantitativo. Nesse sentido, destacam-se, a seguir, alguns pontos a serem observados pelos gestores de cada órgão ou entidade para que se atinjam plenamente os resultados esperados e se evitem irregularidades.

- Não admitir a estipulação de cláusulas ou condições que estejam em desacordo com a legislação pertinente, em especial a Lei nº 8.666/93 e a Instrução Normativa CAGE nº 01/06.
- Depositar todos os recursos financeiros, recebidos por conta de convênios celebrados, em conta bancária individualizada e vinculada, identificada pelo nome e número do convênio, em estabelecimento bancário oficial do Estado ou, na falta deste, em outro banco, preferencialmente da União.
- Aplicar os saldos do convênio, enquanto não utilizados, em poupança ou modalidade de aplicação financeira lastreada em títulos da dívida pública, devendo os rendimentos ser aplicados exclusivamente no objeto do convênio, atentando para que tenham um controle especial, pois serão destacados no relatório e nos demonstrativos da prestação de contas futura.
- Manter registros contábeis individualizados das receitas e despesas do convênio. Entidades sem finalidade de lucro deverão observar a Resolução do Conselho Federal de Contabilidade – CFC nº 1409, de 27 de setembro de 2012.
- Incluir a totalidade das receitas e despesas do convênio no respectivo orçamento quando a entidade partícipe estiver sujeita às disposições da Lei Federal nº 4.320/64.
- Providenciar a criação de um sistema de controle dos convênios em área específica, com vistas a facilitar a execução do convênio, assim como a prestação de contas futura.
- Quando Estado for convenente, designar um gestor responsável pela execução do convênio, o qual responderá, inclusive, pela elaboração da prestação de contas. É aconselhável que o gestor disponha de uma estrutura de controle que permita o acompanhamento físico-financeiro permanente da execução do convênio.
- Observar as disposições da Lei Federal nº 8.666/93 e suas alterações integralmente, quando da execução do convênio, atentando-se especialmente para as eventuais situações de dispensa e inexigibilidade de licitação, que devem ser adequadamente fundamentadas.
- Designar responsável técnico e providenciar a Anotação de Responsabilidade Técnica – ART para as obras e/ou os serviços de engenharia.
- Acompanhar e fiscalizar os contratos com terceiros afetos à execução do objeto do convênio, responsabilizando-se pelos recebimentos provisórios e definitivos relativos às obras e/ou aos serviços de engenharia.
- Fazer cumprir as outras obrigações relativas às peculiaridades próprias do objeto ou da execução do convênio, conforme definido no Termo de Convênio;
- Comunicar, tempestivamente, os fatos que poderão ou já estão afetando a execução normal do convênio, permitindo, assim, que o órgão ou a entidade que cedeu o recurso adote as providências cabíveis em tempo hábil.
- Observar a data para a prestação de contas dos recursos recebidos, devolvendo os saldos do convênio e os rendimentos das aplicações financeiras não utilizados até a data fixada para a conclusão do objeto ou a extinção do convênio, se for o caso.
- Emitir os documentos comprobatórios das despesas realizadas em nome da entidade partícipe, com identificação do número e do nome do convênio, os quais devem ser mantidos em arquivo próprio, juntamente com os extratos bancários, até que se efetive a respectiva aprovação das contas pelos órgãos de controle externo e interno.

14.9 PERGUNTAS E RESPOSTAS

1. Como se inicia a formação de um convênio?

A formação do convênio pela Administração Pública inicia-se após as chamadas fases de habilitação e de proposição. Assim, os setores técnicos do concedente (de planejamento, administrativo, financeiro e de assessoria jurídica), segundo suas respectivas competências, apreciarão o processo que deverá estar instruído com o Plano de Trabalho aprovado (assinado pelas partes), a minuta de convênio elaborada e outras docu-

mentações específicas referentes ao objeto do convênio a ser executado (incisos I e II do artigo 8º da Instrução Normativa CAGE 01/06).

Destaca-se, a par disso, que, quando a Administração Pública Estadual pretender firmar convênio com a União, deverá observar o disposto na IN STN nº 02/2012, a qual institui o Serviço Auxiliar de Informações para Transferências Voluntárias - CAUC, e na Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU nº 507, de 28 de novembro de 2011, que estabelece rotinas do Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasses – SICONV.

Nesses casos, o gestor público deve atentar para o correto cumprimento do que está ajustado com a União, notadamente quanto à observância dos prazos fixados para prestação de contas (parcial e total) e a correta aplicação dos recursos recebidos no objeto do convênio, evitando, assim, a configuração de situação de inadimplência.

Uma vez configurada a situação de inadimplência, restará o Estado do Rio Grande do Sul inscrito no Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal – SIAFI e no Cadastro Informativo – CADIN e, via de consequência, impedido de firmar convênios com o governo federal, conforme dispõe o artigo 5º, I e §§ 1º a 3º, da IN STN 01/97 e artigo 6º, IV, da Portaria Interministerial 127/08.

Nesse contexto, ficam evidentes os prejuízos que essa situação poderá acarretar ao Estado, já que nenhum de seus órgãos poderá, em regra, receber recursos da União.

2. Em que consiste a fase da proposição de um convênio?

Essa fase consiste na apresentação do chamado Plano de Trabalho pelo proponente do convênio, por meio do qual pleiteia a execução de projetos ou a realização de eventos previstos em programas estaduais ou em ações de descentralização de recursos da Administração Pública Estadual. Seu atendimento dá-se por meio da abertura de processo administrativo e de manifestação quanto aos indicativos de oportunidade, conveniência ou prioridade para a escolha dos possíveis partícipes, segundo a natureza do convênio, a região, as metas e os programas específicos.

3. Em que consiste a fase da habilitação?

Nessa fase, o proponente/convenente deverá entregar previamente a documentação de habilitação à entidade responsável pelo repasse, comprovando a habilitação jurídica, a capacidade legal, a regularidade fiscal e a situação de adimplência junto ao Estado (Capítulo II da Instrução Normativa CAGE nº 01/06). Os documentos poderão ser substituídos pela Certidão de Regularidade instituída pela Instrução Normativa CAGE nº 05/06.

Quando o Estado for convenente da União, deverão ser observadas as orientações e regras relativas ao Cadastro Único de Convênios – CAUC.

4. O que é um Plano de Trabalho?

É um instrumento formal obrigatório nas propostas de convênios, previsto nos artigos 116, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93 e 6º da Instrução Normativa CAGE nº 01/06, devendo ser elaborado e apresentado pelo convenente habilitado (conforme formulário anexo à Instrução Normativa CAGE nº 01/06). Esse plano deverá conter especificações completas do objeto a ser executado e o cronograma de execução, com a descrição das etapas, ou fases, de execução do projeto, qualificadas por unidades de medidas e com a quantificação física. Deverão nele constar, ainda, a indicação da previsão de início e fim da execução do objeto, o tipo de gasto (discriminado por elemento de despesa), o cronograma de desembolso dos recursos financeiros a serem repassados pelo concedente e pelo convenente, este quanto à sua contrapartida, e o projeto básico, se for o caso.

5. O que são metas e etapas ou fases a serem descritas no Plano de Trabalho de um convênio?

No contexto de um Plano de Trabalho elaborado para a celebração de um convênio, consideram-se metas as parcelas passíveis de quantificação do objeto conveniado. E, por outro lado, as etapas correspondem às fases que deverão ser cumpridas para a conclusão de uma meta.

6. Como deve ser formalizado um convênio?

O convênio será formalizado por meio de um instrumento denominado Termo de Convênio, cujas cláusulas, condições, estrutura e cujo conteúdo deverão observar as disposições constantes do artigo 9º da Instrução Normativa CAGE nº 01/06.

7. O que é uma contrapartida e qual o seu valor?

Nos termos do inciso XI do artigo 2º da Instrução Normativa CAGE 01/06, é o

> (...) valor economicamente mensurável, podendo ser representado por meio de recursos financeiros, bens ou serviços, previamente estabelecidos, provenientes de recursos próprios, com que a Convenente irá participar do projeto. Em se tratando de Municípios, deverá ser observado o disposto na Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO do Estado.

Assim, a contrapartida é a parcela referente à colaboração do convenente, com recursos próprios, para a execução do objeto do convênio, podendo ser em valores monetários, bens ou serviços. No Estado do RS, os percentuais mínimos de contrapartida, quando exigidos, são fixados na Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO.

8. Após firmado o convênio, ele poderá ser alterado?

Sim, exceto quanto à alteração de seu objeto. As alterações no convênio estão condicionadas à anuência dos partícipes (concedente e convenente), os quais poderão modificá-lo antes de seu término, mediante proposta de repactuação e respectivo Termo Aditivo. Ressalte-se que, previamente a qualquer alteração, deverá haver uma proposição formal, devidamente acompanhada das justificativas e da readequação do Plano de Trabalho, quanto aos seus efeitos.

Após a aprovação dessa alteração, ocorrendo modificação nos prazos inicialmente pactuados para a prestação de contas, haverá a necessidade de o órgão concedente comunicar esse fato superveniente ao respectivo órgão de controle (a CAGE, no âmbito da Administração Direta do Estado), evitando-se, assim, eventuais problemas, como a possibilidade de inclusão no Cadastro Informativo – CADIN/RS.

9. O que se considera como prazo de vigência de um convênio?

O prazo de vigência de um convênio é aquele período de tempo, fixado expressamente em uma de suas cláusulas, considerado como suficiente para a execução do objeto conveniado. Cabe aqui salientar que não se admite aplicação de recursos do convênio fora do período de vigência, sendo possível, porém, a prorrogação desse prazo, desde que devidamente justificada e motivada e em tempo hábil.

10. Em que consiste a prorrogação de ofício do prazo de vigência de um convênio?

A chamada prorrogação de ofício de um convênio consiste no ato administrativo unilateral, praticado pelo órgão concedente, visando à prorrogação do prazo de execução do objeto conveniado, nos termos autorizados pela alínea "a", § 1º, inciso V, do artigo 11 da Instrução Normativa CAGE nº 01/2006.

11. A prestação de contas de um convênio é obrigatória?

Sim, a prestação de contas da aplicação de recursos transferidos mediante convênio é obrigatória, conforme determina o parágrafo único do artigo 70 da Constituição Estadual e o artigo 11 da Instrução Normativa CAGE nº 01/06.

12. O que acontece se a prestação de contas estiver em atraso?

Caso a prestação de contas esteja atrasada, será adotada, como medida inicial, a inclusão do respectivo órgão convenente no CADIN/RS, sofrendo este todas as sanções administrativas que daí decorrerem, como a impossibilidade de recebimento de novos recursos. Se esse atraso perdurar por mais de 30 dias, deverá o órgão concedente tomar outras providências no sentido de assegurar a comprovação da aplicação ou a devolução dos respectivos recursos, podendo, inclusive, instaurar processo de Tomada de Contas Especial (Lei Federal nº 8.666/93, artigo 116, § 6º).

13. Após a entrega da prestação de contas de um convênio, ela já é considerada aprovada?

O ato de recebimento do expediente de prestação de contas pelo órgão concedente não significa que houve a sua pronta aceitação como regular, nem tampouco representa a plena quitação da prestação de contas ou a desobrigação da juntada de outros documentos previstos em cláusula do convênio. Para tanto, há necessidade do exame e da aprovação, pelos órgãos competentes, do órgão concedente, especialmente no que

tange ao conteúdo da documentação encaminhada para a comprovação das despesas, os quais deverão ter por base documentos fiscais reconhecidamente hábeis, emitidos em nome do convenente e com identificação dos dados do convênio.

14. Uma prestação de contas de convênio pode ser corrigida?

Sim, se for necessário, poderá haver a juntada de documentos ou de informações complementares ao processo de prestação de contas. Não é demais destacar que os aspectos questionados, sejam por erro e/ou falta, deverão ser plenamente esclarecidos ou complementados dentro do prazo fixado para tal.

15. Qual é o trâmite do processo de prestação de contas?

A prestação de contas de um convênio, após analisada e homologada pelo órgão concedente (§ 4º do artigo 13 da Instrução Normativa CAGE 01/06), deverá ser encaminhada ao respectivo órgão contábil e, quando se tratar de órgão da Administração Direta, à Seccional da CAGE, devidamente acompanhada dos seguintes documentos:

- parecer financeiro emitido pela unidade financeira competente, integrante da estrutura organizacional dos órgãos ou das entidades da Administração Pública Estadual concedente do convênio que, mediante documento próprio, se pronunciará quanto à aplicabilidade dos recursos financeiros recebidos pela entidade, particular ou pública, convenente;
- parecer técnico emitido pela unidade técnica responsável pelo acompanhamento do convênio que, por intermédio de laudos de vistoria ou de informações obtidas junto às autoridades públicas do local da sua execução, ateste se os objetivos pactuados foram ou não atingidos.
- declaração expressa do ordenador de despesa do órgão concedente quanto à correta e regular aplicação dos recursos financeiros transferidos, comunicando a homologação ou não das contas apresentadas.

O órgão de controle interno, ao receber a prestação de contas, fará os seus exames e, no caso de concluir pela sua regularidade, providenciará a extinção total das responsabilidades assumidas pelos partícipes quando da assinatura do Termo de Convênio. Em caso de dúvida ou negativa quanto à regularidade da prestação de contas apresentada, a CAGE comunicará o fato ao ordenador de despesa para que sejam adotadas as medidas para sua regularização.

Na hipótese de não serem efetuadas as regularizações cabíveis, serão efetuadas pela Seccional da CAGE as necessárias e devidas ressalvas, tanto no seu parecer referente à prestação de contas do convênio quanto no parecer de auditoria de exercício, que é peça integrante do processo de Tomada de Contas do ordenador de despesas do órgão concedente.

16. Como se dá o término ou a extinção de um convênio?

Como regra, o convênio encerra-se quando ocorre a realização integral do objeto, com a posterior aprovação da prestação de contas pelo órgão que cedeu o recurso. Poderá, entretanto, haver motivos para a extinção antecipada, acarretando a devolução dos recursos recebidos pela entidade partícipe, atualizados monetariamente pelos índices fixados no próprio instrumento ou de acordo com a legislação vigente.

São motivos para a extinção antecipada do convênio: quando o objeto do convênio não for executado, conforme estabelecido no cronograma, e o Convenente tenha dado causa (inciso I do artigo 14 da Instrução Normativa CAGE 01/06); a retirada do partícipe antes do término (artigo 14, § 2º da Instrução Normativa CAGE 01/06); a aplicação dos recursos em finalidade diversa dos seus objetivos (inciso II do art. 14 da Instrução Normativa CAGE 01/06); a demora injustificada na execução do objeto (inciso III do artigo 14 da Instrução Normativa CAGE 01/06); a não aplicação da contrapartida mínima exigível pela entidade convenente (inciso V do artigo 14 da Instrução Normativa CAGE 01/06); o descumprimento das obrigações e das cláusulas pactuadas que acarretem prejuízos ao erário (inciso VI do artigo 14 da Instrução Normativa CAGE 01/06), e a ausência de prestação de contas nos prazos fixados (inciso IV do artigo 14 da Instrução Normativa CAGE 01/06).

A extinção do convênio, independentemente de qual seja o motivo, não exime seus partícipes das responsabilidades e obrigações originadas durante o período em que estiveram conveniados.

15. PESSOAL

Sumário: 15.1 Definição de Servidor Público - **15.2** Legislação - **15.3** Regimes Jurídicos - **15.4** Formas de Ingresso no Serviço Público - **15.5** Cargo, Emprego, Função Pública e Contrato Temporário - **15.6** Formas de Provimento de Cargo e Emprego Público - **15.6.1** Provimento de Cargo Público - **15.6.2** Provimento de Emprego Público - **15.7** Nomeação, Posse, Exercício e Lotação - **15.8** Estabilidade e Estágio Probatório - **15.9** Promoção - **15.10** Formas de Vacância de Cargo Público - **15.11** Vencimento, Remuneração, Salário, Provento e Subsídio - **15.12** Indenizações - **15.13** Servidores Cedidos - **15.14** Servidores Adidos - **15.15** Desvio de Função - **15.16** Acúmulo de Cargo, Emprego e Função - **15.17** Afastamentos Legais - **15.18** Gratificação e Abono de Permanência - **15.19** Regras Específicas para Empregados Públicos - **15.20** Atos Administrativos de Pessoal - **15.21** Sindicância e Processo Administrativo Disciplinar.

15.1 DEFINIÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO

Inicialmente, cumpre registrar que a expressão *funcionário público* não é empregada desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, eis que o constituinte federal preferiu usar as designações servidor público e agente público para o efeito de se referir aos trabalhadores vinculados ao Poder Público. Nesse contexto, há o agente público, que se configura uma designação mais abrangente, alcançando os agentes políticos, os servidores públicos e os particulares em atuação colaboradora. E, de outra parte, existe o servidor público, uma categoria ou espécie de agente público, que são aqueles cuja atuação é permanente, profissional, e estão a serviço da Administração Pública.

Assim, servidor público é o termo utilizado, *lato sensu*, para designar as pessoas físicas que prestam serviços diretamente aos órgãos e às entidades vinculadas à Administração Pública, possuindo vínculo estatutário ou empregatício e percebendo remuneração paga pelos cofres públicos.

Dentro desse conceito, estão compreendidos:

a) os servidores estatutários, ocupantes de cargos públicos efetivos, criados por lei e providos mediante concurso público, ou em comissão, igualmente instituídos por lei, e que são regidos por um Estatuto, definidor de direitos e obrigações;
b) os empregados públicos, ocupantes de emprego público também provido por concurso público, contratados sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, e
c) os servidores temporários, que exercem função pública, mas são contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, prescindindo de concurso público.

No Código Penal Brasileiro (artigo 327, *caput* e § 1º), contudo, há referência a servidor público com uma abrangência bem maior. Para efeitos penais, considera-se servidor público quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, função ou emprego público, inclusive em entidade "paraestatal". Por sua vez, equipara-se a funcionário público quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

Já, o Estatuto do Servidor Público vigente no Estado do Rio Grande do Sul – Lei Complementar Estadual nº 10.098/94 – define, em seu artigo 2º, de forma singela, que servidor público é a pessoa legalmente investida em cargo público. O servidor público, em seu conceito genérico, não somente faz parte da Administração Pública, como ele efetivamente confunde-se com o Estado, ente real, porém abstrato, devendo ser representado por pessoas físicas, as quais exercerão seu cargo ou função visando ao interesse público e ao bem comum.

Importante destacar, ainda, a definição para agente público, estabelecida na Lei Federal nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), que, em seu artigo 2º, define que, para os efeitos da referida lei, considera-se agente público todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição,

nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos e nas entidades da Administração Direta, Indireta ou Fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

15.2 LEGISLAÇÃO

- Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (artigos 37 a 42)
- Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, de 1989 (artigos 19, 20 e 29 a 48)
- Decreto-Lei nº 5.452 – Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, de 1º de maio de 1943
- Lei Complementar Estadual nº 10.098 – Estatuto e Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio Grande do Sul, de 03 de fevereiro de 1994
- Decreto Estadual nº 36.553, de 26 de março de 1996
- Decreto Estadual nº 43.218, de 12 de julho de 2004
- Decreto Estadual nº 44.376, de 30 de março de 2006
- Decreto Estadual nº 47.715, de 28 de dezembro de 2010.

15.3 REGIMES JURÍDICOS

Em matéria de servidores públicos, regime jurídico significa o conjunto de normas referentes aos seus deveres e direitos e aos demais aspectos da sua vida funcional. Até o advento da Constituição Federal de 1988, vigoravam no setor público dois regimes jurídicos de trabalho: o regime estatutário e o celetista. O primeiro, para regular as relações de trabalho dos servidores concursados e com direito à estabilidade, e o segundo, para os servidores contratados, sem a vantagem da estabilidade atribuída ao primeiro.

A Constituição Federal de 1988 (artigo 39), que substituiu a expressão funcionário público por servidor público, como já mencionado, previu, na redação original, a adoção de regime jurídico único para os servidores da Administração Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas.

A partir da Emenda Constitucional nº 19/98, a exigência do regime jurídico único deixou de existir, de modo que cada esfera pública passou a poder instituir o seu regime estatutário ou empregatício/contratual, com possibilidade de conviverem os dois regimes na mesma entidade ou órgão, não havendo necessidade, ainda, de que o regime adotado para a Administração Direta seja igual para as Autarquias e Fundações públicas. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, deferiu parcialmente a medida cautelar postulada na ADIN 2.135-4, para suspender, com efeitos *ex nunc*, a eficácia do *caput* do artigo 39 da CF/88 na redação dada pela EC 19/98, reestabelecendo a redação original que previa regime jurídico único.

Tendo em vista que as Autarquias são consideradas pessoas jurídicas de direito público, aplicam-se a elas os mesmos preceitos que informam a atuação dos órgãos da Administração Direta. Isso quer dizer que sua atuação é regida, preponderantemente, pelo direito público, sobretudo o direito administrativo. Aplicam-se às Autarquias e, no que se referir aos seus servidores, os princípios mencionados no *caput* do artigo 37 da CF/88 e os preceitos contidos nos incisos desse artigo.

No que tange aos servidores das fundações públicas, embora outras normas do direito privado possam ser aplicáveis, ante a sua natureza jurídica de direito público, seu regime jurídico pauta-se pelas normas constitucionais e ordinárias aplicáveis a todas as fundações públicas, pelas normas previstas nas leis que as criam e pelos seus estatutos. Desse modo, sua atuação é regida pelas normas de direito público, devendo igualmente observar, quanto às relações com seus servidores, os princípios arrolados no *caput* do artigo 37 da CF/88 e os preceitos contidos nos incisos desse artigo.

Já, os servidores das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de direito privado regem-se pela legislação trabalhista; para as empresas que exercem atividade econômica, esse regime é imposto pelo artigo 173, § 1º, da Constituição Federal. Para os demais entes, notadamente as fundações de direito privado, não é obrigatório, mas é o que se vem adotando por meio de leis ordinárias, por ser o regime mais compatível com o de direito privado a que se submetem.

Consoante o artigo 173 e seu § 1º, II (na redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98), a lei que estabelecer o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que

explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços deverá dispor sobre sua sujeição ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e às obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias.

15.4 FORMAS DE INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO

A partir da CF/88, a investidura em cargo ou emprego público passou a depender de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei. Ficam ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Por sua vez, a contratação por tempo determinado, para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, tem natureza transitória, pois se destina a remediar a necessidade advinda da configuração de situações que exijam atendimento imediato, de modo a se evitar risco ou dano iminente ao interesse da coletividade pela inexecução de algum serviço cometido à Administração Pública. Seu regramento deverá ser individualmente estabelecido por meio de lei específica que, além de caracterizar a necessidade e a relevância do interesse público envolvido, também caracterizará sua temporalidade (CF/88, artigo 37, IX, e CE/89, artigo 19, IV).

Tanto nas Autarquias como nas Fundações públicas, o ingresso no quadro de pessoal, seja como estatutário ou contratado pela CLT, necessita de prévia aprovação em concurso público, segundo exige o inciso II do artigo 37 da CF/88. Nas empresas públicas, a investidura nos empregos também depende de aprovação prévia em concurso público, o que não assegura, porém, a estabilidade, por não se tratar de nomeação para cargo de provimento efetivo, criado em lei. Ratifique-se que o pessoal das empresas públicas rege-se pela CLT, sendo, portanto, celetista.

Em suma, cabe referir que a investidura em cargos de provimento efetivo e em empregos públicos não prescinde de realização de concurso público. Por sua vez, a investidura em cargos em comissão ou em empregos ou funções de confiança é de livre nomeação e exoneração.

15.5 CARGO, EMPREGO, FUNÇÃO PÚBLICA E CONTRATO TEMPORÁRIO

Sob a ótica de um conceito restrito, servidor público são todos os servidores detentores de cargos públicos, os empregados públicos e os servidores contratados temporariamente. Há, ainda, aqueles que exercem uma determinada função pública mediante contrato com a Administração Pública, mas sem qualquer vínculo estatutário ou celetista.

Nesse contexto, o cargo público efetivo corresponde àquele ocupado por servidor estatutário, provido por concurso público, nos moldes determinados pelo artigo 37, II, da CF/88, sendo regido por um estatuto definidor de seus direitos e obrigações. É instituído por lei, em número certo, com denominação própria, organizado em carreira, atribuições e responsabilidades específicas, para ser provido e exercido por um titular, tendo como contrapartida retribuição pecuniária.

Por outro lado, entre os cargos públicos existem os chamados cargos em comissão, assim declarados em lei, de livre nomeação e exoneração. A sua instituição é permanente, porém seu provimento é transitório. Não são organizados em carreira e destinam-se exclusivamente ao exercício de atribuições de direção, chefia e assessoramento. É importante destacar que a esses cargos aplica-se, por exceção, o regime geral de previdência social, nos termos da CF/88 (artigo 40, III, "a", §13).

De outra parte, pode haver o exercício de uma função pública mediante uma relação de emprego em que há a celebração de um contrato de trabalho regido pelas normas da CLT, ou seja, ocupa emprego público quem, por meio de contratação, sob regência da CLT, exerce uma função pública. Difere-se o emprego público, portanto, do cargo público pelo fato de o primeiro ter vínculo empregatício/contratual regido pela CLT e o segundo ter vínculo estatutário regido pelo Estatuto dos Servidores Públicos, instituído por lei. Assim como os cargos públicos, entretanto, e consoante já assinalado, os empregos devem ser providos por concurso público.

Outra possibilidade é a existência de servidores contratados temporariamente, que exercem uma função pública, mas estão vinculados a um regime jurídico especial, não sendo estatutários nem celetistas. São contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público

e exercem funções consideradas temporárias, por intermédio, ratifique-se, de um regime jurídico especial, disciplinado em lei específica, editada por cada Unidade da Federação. Ressalte-se que se admite apenas contratação temporária, sendo vedada posterior admissão para o exercício de um cargo efetivo, pois este exige a realização de concurso público.

Cabe assinalar que se considera função pública a competência, a atribuição ou o encargo conferido a uma pessoa física para o exercício de determinada atividade de natureza pública, sem vínculo contratual ou estatutário com a Administração Pública, não sendo essa função de livre designação, devendo, portanto, estar o seu exercício sujeito ao interesse público, da coletividade ou da Administração.

15.6 FORMAS DE PROVIMENTO DE CARGO E EMPREGO PÚBLICO

15.6.1 Provimento de Cargo Público

As formas de provimento de cargo público efetivo são as seguintes, de acordo com o artigo 10 da Lei Complementar Estadual nº 10.098/94, a saber: nomeação, readaptação, reintegração, reversão, aproveitamento e recondução.

Nomeação – Constitui-se em uma forma de provimento originário, autônomo, de um cargo ou emprego público, sendo a do servidor público em caráter efetivo, quando se tratar de candidato aprovado em concurso público para prover cargo efetivo, ou, em comissão, quando se tratar de cargo de confiança de livre nomeação e exoneração.

Readaptação – É a forma de investidura do servidor estável em cargo de atribuições e responsabilidades mais compatíveis com sua vocação ou em decorrência de limitações que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental, podendo ser processada a pedido ou *ex officio*. A verificação de que o servidor tornou-se inapto para o exercício do cargo ocupado será realizada pelo órgão central de recursos humanos, que, à vista de laudo médico e estudo social e psicológico, indicará o cargo em que julgar ser possível a readaptação. A readaptação não acarretará aumento nem diminuição da remuneração do servidor, que será a correspondente à do cargo que ocupava anteriormente (artigos 39 a 42 da Lei Complementar Estadual nº 10.098/94).

Reintegração – Consiste no retorno de servidor demitido ao cargo anteriormente ocupado, em consequência de decisão administrativa ou judicial. O servidor reintegrado tem direito a ser ressarcido dos prejuízos decorrentes do afastamento, e, na hipótese de o cargo ter sido extinto, deverá ficar em disponibilidade. Caso seja verificada sua incapacidade para o serviço público, mediante inspeção médica, será aposentado (artigo 43 da Lei Complementar Estadual nº 10.098/94).

Reversão – Compreende o retorno à atividade do servidor aposentado por invalidez, quando verificada, por junta médica oficial, a insubsistência dos motivos determinantes da aposentadoria, sendo assegurada ao servidor a retribuição correspondente à situação funcional que detinha anteriormente. A reversão far-se-á a pedido ou *ex officio* aos servidores com menos de 60 anos de idade (artigos 44 a 48 da Lei Complementar Estadual nº 10.098/94).

Aproveitamento – É o retorno à atividade do servidor colocado em disponibilidade em um cargo de atribuições e vencimentos compatíveis com o anteriormente ocupado (artigos 51 a 53 da Lei Complementar Estadual nº 10.098/94).

Recondução – Consiste no retorno do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado, decorrente das seguintes hipóteses, conforme o artigo 54 da Lei Complementar Estadual nº 10.098/94:

- obtenção de resultado insatisfatório em estágio probatório relativo a outro cargo, ou
- reintegração de servidor anterior ocupante do cargo.

15.6.2 Provimento de Emprego Público

Em relação à forma de provimento dos empregos públicos, está estabelecido que esses são preenchidos pela contratação (celebração de contrato individual de trabalho, nos termos da CLT) de pessoas que irão desempenhá-los, sujeitando-se, contudo, a concurso público. De modo geral, os empregados públicos compõem os recursos humanos contratados pelas fundações de direito privado, empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica (artigo 173, § 1º, CF/88).

15.7 NOMEAÇÃO, POSSE, EXERCÍCIO E LOTAÇÃO

Nomeação – Conforme já especificado, constitui-se no ato administrativo de provimento originário, autônomo, de um cargo público por um candidato aprovado em concurso público, que será investido no cargo, o qual se completa com a posse e o exercício. É formalizada e concretizada, em regra, por ato do Chefe do Poder ou do dirigente do órgão exarado em uma portaria de nomeação publicada no Diário Oficial do Estado.

Posse – É a aceitação expressa do cargo, formalizada com a assinatura de um termo que dá ao servidor o direito à função pública. Pela posse são deferidas ao servidor as prerrogativas, os direitos e os deveres, assim como as restrições, os impedimentos e as incompatibilidades referentes ao cargo. Antes dela, não há o provimento efetivo, nem pode haver o exercício da função pública. A posse terá que ser efetivada dentro do prazo de 15 dias, contados da data da publicação do ato de nomeação no Diário Oficial do Estado, podendo esse prazo ser prorrogado por igual período, a pedido do interessado.

São competentes para dar posse, no âmbito do Poder Executivo, as seguintes autoridades:

- o Governador do Estado, aos titulares de cargos de sua imediata confiança;
- os Secretários de Estado e os dirigentes de órgão diretamente ligados ao Chefe do Poder Executivo, aos seus subordinados hierárquicos.

A autoridade que tem a incumbência de dar posse deverá, sob pena de ser responsabilizada, observar se foram satisfeitas todas as condições estabelecidas para a investidura no cargo (artigos 18 a 21 da Lei Complementar Estadual nº 10.098/94).

Exercício – O exercício do cargo é decorrência natural da posse. É o que traduz o momento em que o funcionário passa a desempenhar efetivamente as suas funções e adquire direito às vantagens do cargo e à contraprestação pecuniária devida pelo Poder Público. Com a posse, o cargo fica provido e não pode ser ocupado por outrem, mas o provimento só se completa com a entrada em exercício do nomeado. Se este não o iniciar na data prevista, a nomeação e, consequentemente, a posse tornar-se-ão ineficazes, devendo o cargo ser declarado vago pela autoridade competente. O exercício deve ser dado dentro do prazo de 30 dias, contados da posse, cabendo à chefia imediata da unidade administrativa onde for lotado o servidor efetuar esse ato legal (artigo 22 da Lei Complementar Estadual nº 10.098/94). Vale ressaltar que o servidor empossado que não iniciar o exercício no prazo legal deverá ser exonerado.

Destaque-se, ainda, por oportuno, que há determinadas categorias de servidores que possuem estatutos próprios, os quais podem disciplinar a matéria em pauta de forma diversa da constante no Estatuto e Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis do Estado (Lei Complementar Estadual nº 10.098/94). A título exemplificativo, citam-se os policiais civis, cujo prazo para entrar em exercício no cargo é de 15 dias, contados da posse, podendo a autoridade superior determinar que, no interesse do serviço público, o servidor inicie imediatamente o exercício do cargo (Lei Estadual nº 7.366/80, artigo 12, parágrafo único).

Lotação – A fim de que tenha início o exercício, torna-se necessário lotar o servidor, ou seja, dar-lhe lotação, integrá-lo em um órgão ou entidade para que lá desempenhe suas atividades. O termo "lotação do servidor" compreende a indicação do órgão, da entidade, da repartição ou da unidade administrativa na qual o servidor exercerá as atividades do seu cargo ou emprego.

A indicação do órgão ou da repartição deverá observar, sempre que possível, a relação entre as atribuições do cargo e as tarefas a serem desenvolvidas. E, nos casos de nomeação para cargos em comissão ou designação para funções gratificadas, a lotação estará incluída no próprio ato.

Em suma, a lotação consiste na força de trabalho qualitativa e quantitativa de cargos nos órgãos ou nas entidades em que, efetivamente, devam ter exercício os servidores (artigo 17 da Lei Complementar Estadual nº 10.098/94).

15.8 ESTABILIDADE E ESTÁGIO PROBATÓRIO

Com o advento da Emenda Constitucional nº 19/98, artigo 6º, que deu nova redação ao artigo 41 da Constituição Federal de 1988, restou estabelecido que o servidor ocupante de cargo público efetivo será considerado estável somente após três anos de efetivo exercício; nesse período, poderá ser demitido apenas nos seguintes casos:

I – em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II – em razão de processo administrativo, em que lhe seja assegurada, porém, ampla defesa;
III – em consequência de procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada, entretanto ampla defesa.

Assim, durante esses três anos, o servidor cumprirá o chamado estágio probatório e será avaliado periodicamente para fins de verificação se o seu desempenho é adequado, satisfatório e suficiente para as funções atinentes ao seu cargo.

Em face do dispositivo constitucional supramencionado, o Estado, por meio do Decreto Estadual nº 44.376/06, providenciou a regulamentação do estágio probatório, previsto nos artigos 28 e 29 da Lei Complementar Estadual nº 10.098/94. A norma estadual define que o estágio probatório corresponde ao período de três anos de exercício do servidor nomeado para o cargo de provimento efetivo, durante o qual será verificada a conveniência ou não da sua confirmação no cargo, mediante a apuração do pleno atendimento de determinados requisitos, a seguir descritos:

- Disciplina: verificação da integração às regras, às normas e aos procedimentos estabelecidos para o bom andamento do serviço e da forma como o servidor se relaciona no ambiente de trabalho.
- Eficiência: avaliação do grau de conhecimento e de iniciativa para solucionar problemas e do modo como utiliza e mantém o material e os equipamentos e como executa suas atividades.
- Responsabilidade: análise da conduta no cumprimento de suas obrigações, do interesse e da disposição na execução de suas atividades.
- Produtividade: avaliação da qualidade na apresentação do trabalho e da capacidade em assimilar e aplicar os ensinamentos na execução de suas atividades.
- Assiduidade: avaliação da frequência e do cumprimento do horário de trabalho.

A avaliação do estágio probatório, portanto, constitui-se em uma importante ferramenta de gestão ao administrador público, pois, por seu intermédio, buscam-se identificar os servidores aptos a permanecerem no exercício de um cargo público. Além disso, pelos diversos requisitos avaliados, é possível oportunizar a recuperação de fatores que necessitam ser revistos e aprimorados pelo servidor.

Registre-se que a mencionada estabilidade no serviço público não se estende aos chamados empregados públicos ou temporários, regidos, respectivamente, pela CLT e por regime especial previsto na lei autorizativa da contratação temporária. E, especificamente, quanto aos empregados públicos, existem hipóteses de estabilidade previstas na CLT e em legislação especial, como, por exemplo, os casos referentes à empregada gestante e a acidentes de trabalho.

15.9 PROMOÇÃO

A promoção do servidor é a forma de ascensão funcional, constituindo-se em uma espécie de provimento derivado de cargo público, uma vez que se processa com a passagem do servidor de um grau para o imediatamente superior, dentro da respectiva carreira funcional, conforme regulado nos estatutos e regulamentos vigentes e atinentes a cada categoria funcional.

As promoções realizam-se periodicamente, mas o momento da sua efetivação, como regra, depende de decisão do gestor, sendo, pois, considerado um ato discricionário. Ocorrem de grau a grau, exclusivamente nos cargos organizados em carreira, e, necessariamente, devem obedecer aos critérios de merecimento e antiguidade, alternadamente.

As normas reguladoras das promoções devem assegurar critérios objetivos na avaliação do merecimento. Precede, portanto, à promoção a respectiva avaliação do servidor, aplicada de forma periódica e respeitados os critérios estabelecidos em regulamentos próprios e pertinentes às respectivas categorias.

No que tange aos empregados públicos, as regras alusivas à promoção encontram-se estabelecidas no respectivo Plano de Cargos e Salários ou Quadro de Pessoal da Entidade Pública e, em alguns casos, em decreto estadual.

15.10 FORMAS DE VACÂNCIA DE CARGO PÚBLICO

Vacância é a situação de um cargo que se encontra sem ocupante, sem titular, ou seja, o cargo está vago. Vários fatos conduzem à chamada vacância, dentre os quais se destacam, a título exemplificativo, os seguintes: o servidor pediu o desligamento (exoneração a pedido); o servidor foi desligado do cargo em comissão ou não iniciou o seu exercício (exoneração *ex offício*); o servidor foi punido com a perda do cargo.

A vacância de cargo público decorre de um rol de situações definidas nos artigos 55 a 57 da Lei Complementar Estadual nº 10.098/94, a seguir elencadas:

a) Exoneração: desligamento do servidor, podendo ocorrer de duas formas:
   – a pedido do servidor – por sua iniciativa e interesse;
   – *ex officio* – por ato da própria administração, sendo cabível para o desligamento dos detentores de cargos em comissão e dos servidores não aprovados no estágio probatório, bem como nas situações em que os servidores tomam posse no cargo, mas não entram em exercício;
b) Demissão: ato da administração praticável nas circunstâncias de aplicação de pena disciplinar prevista em lei;
c) Readaptação: investidura do servidor em cargo mais compatível com suas limitações físicas ou psíquicas;
d) Aposentadoria: passagem do servidor ativo para a inatividade;
e) Recondução: retorno do servidor ao cargo ocupado por ele anteriormente, nas hipóteses de resultado insatisfatório em estágio probatório relativo a outro cargo ou de sua reintegração em cargo diverso anteriormente ocupado.
f) Falecimento.

15.11 VENCIMENTO, REMUNERAÇÃO, SALÁRIO, PROVENTO E SUBSÍDIO

No que diz respeito à remuneração, existe uma terminologia própria, nessa matéria, no que tange ao setor público, diferentemente da que vigora no setor privado. Assim, denomina-se vencimento, no singular, a retribuição pecuniária pelo exercício de cargo ou função pública, com valor fixado em lei. Em geral, o vencimento é simbolizado por letra, por número ou pela combinação de ambos, denominados referência, correspondendo um valor a cada uma delas. É o que, comumente, é chamado de vencimento básico.

Os vocábulos "vencimento" ou "remuneração" designam o conjunto formado pelo vencimento (referência) do cargo ou da função acrescido de outras importâncias percebidas, denominadas vantagens pecuniárias, tais como gratificações e adicionais por tempo de serviço, por periculosidade, por risco de vida, dentre outros.

Em todas as esferas de Governo, a regra que tem sido adotada é a de que os estipêndios dos servidores públicos compõem-se de uma parte fixa, representada pelo padrão fixado em lei, e uma parte que varia de um servidor para outro, em razão de condições especiais de prestação do serviço, tempo de serviço e outras circunstâncias previstas nos estatutos funcionais e que se denominam, genericamente, de vantagens pecuniárias, as quais compreendem, basicamente, adicionais de tempo de serviço, gratificações e verbas indenizatórias.

No campo dos empregados públicos, utilizam-se as denominações de remuneração e salário (artigo 457 e seguintes da CLT). A primeira (a remuneração) englobando o salário propriamente dito, devido e pago diretamente pelo empregador como contraprestação do serviço, e a segunda (o salário) compreendendo as comissões, as percentagens, as gratificações ajustadas, as diárias para viagens e os abonos pagos pelo empregador.

Além do pagamento em dinheiro, incluem-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, a habitação, o vestuário ou outras prestações *in natura* que a empresa, por força de contrato ou de costume, fornecer habitualmente ao empregado.

A EC nº 19/98 trouxe modificações significativas no sistema remuneratório dos servidores públicos, destacando-se a instituição do regime de subsídios para determinadas categorias de agentes públicos, mais especificamente a dos agentes políticos.

Em síntese, com base nas disposições da Constituição Federal de 1988 e da Constituição Estadual de 1989, devem ser remunerados por subsídio, mediante lei, os seguintes agentes públicos:

a) membros dos Poderes Legislativo e Executivo da União, dos Estados e dos Municípios, e do Judiciário da União e dos Estados;
b) Ministros de Estado e Secretários Estaduais e Municipais;
c) membros do Ministério Público;
d) integrantes da Advocacia-Geral da União, Procuradores da União e do Distrito Federal e Defensores Públicos;
e) Procuradores do Estado e Defensores Públicos do Estado;

f) Ministros do Tribunal de Contas da União e Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do RS;
g) servidores públicos das carreiras policiais da União e dos Estados;

Ademais, inclusive os servidores públicos organizados em carreira poderão ser remunerados mediante subsídio, conforme previsto no artigo 39, § 8º da CF/88, com a seguinte redação, dada pelo artigo 5º da EC nº 19/98: "a remuneração dos servidores públicos organizados em carreira poderá ser fixada nos termos do § 4º". Trata-se, portanto, de opção conferida ao legislador de cada esfera de Governo.

Por fim, cabe referir que o termo "provento" diz respeito à denominação dada à remuneração paga aos servidores públicos inativos ou aposentados.

15.12 INDENIZAÇÕES

O servidor faz jus às indenizações referentes a diárias, ajuda de custo e transporte.

As diárias compreendem os valores devidos ao servidor que se afastar temporariamente da sede da sua repartição, em objeto de serviço, sendo destinadas à indenização de despesas de alimentação e hospedagem. Frise-se que se constitui em uma verba indenizatória, paga independentemente da remuneração do servidor. É concedida por dia de afastamento, sendo devida pela metade quando o deslocamento não exigir pernoite. O valor relativo às diárias deve ser pago antes do deslocamento, sendo calculado sobre o valor básico fixado em norma legal.

No que tange à ajuda de custo, destina-se a compensar as despesas de instalação do servidor que, no interesse do serviço, for transferido para outra sede, com mudança de domicílio, em caráter permanente. O valor é calculado sobre a remuneração, na forma prevista em regulamento próprio de cada categoria.

Por outro lado, a indenização atinente ao transporte é devida ao servidor que realizar despesas com a utilização de meio próprio de locomoção para execução de serviços externos, por força das atribuições próprias do cargo, conforme previsto em regulamento específico.

15.13 SERVIDORES CEDIDOS

As normas acerca da colocação à disposição (cedência) de servidores e empregados da Administração Direta e Indireta do Poder Executivo estão reguladas no Decreto Estadual nº 36.603/96, com as alterações posteriores.

A primeira regra estabelecida é de que somente podem ser cedidos servidores para o exercício de cargo ou função de confiança, cujo prazo de cedência deverá ter a duração de um ano, podendo haver prorrogações por igual período, sendo vedada, no entanto, a disposição por prazo indeterminado. A cedência ou a sua prorrogação depende de autorização expressa do Chefe do Poder Executivo, após a anuência dos dirigentes máximos dos órgãos/entidades cedentes.

Com relação ao ônus da remuneração do servidor cedido, apresenta-se, a seguir, um quadro resumo extraído das disposições contidas no Decreto Estadual nº 36.603/96.

Nº	**ÓRGÃO DE ORIGEM**	**ÓRGÃO DE DESTINO**	**ÔNUS REMUNERATÓRIO**
01	Adm. Direta e Indireta	Outras esferas da Federação	Órgão de destino ou mediante ressarcimento
02	Adm. Direta	Adm. Direta	Órgão de origem
03	Adm. Indireta com folha própria	Adm. Indireta com folha própria	Livre negociação
04	Adm. Indireta com folha própria	Adm. Indireta com folha pelo Tesouro	Órgão de origem

05	Adm. Indireta com folha pelo Tesouro	Adm. Indireta com folha própria	Órgão de destino
06	Adm. Direta e Indireta	SUS	Órgão de origem
07	Adm. Direta e Indireta	Outros Poderes	Conforme acordo
08	Adm. Direta e Indireta	Ministério Público	Conforme acordo
09	Adm. Direta e Indireta	TRE	Conforme acordo
10	Adm. Direta	Adm. Indireta com folha própria.	Órgão de destino
11	Adm. Direta	Adm. Indireta com folha pelo Tesouro	Órgão de origem
12	Adm. Indireta com folha própria	Adm. Direta	Órgão de origem
13	Adm. Indireta com folha pelo Tesouro	Adm. Direta	Órgão de origem
14	Adm. Indireta com folha pelo Tesouro	Adm. Indireta com folha pelo Tesouro	Órgão de origem

Com o intuito de disciplinar a operacionalização do ressarcimento pelo órgão ou pela entidade cessionária, assim como o pedido de afastamento do servidor, o Decreto Estadual nº 43.636/05 alterou os artigos 3º e 4º do Decreto Estadual nº 36.603/96. E cabe, ainda, acentuar que as regras previstas no Decreto Estadual nº 36.603/96 poderão ser modificadas, em determinados casos de cedência, por ato específico do Chefe do Poder Executivo.

Os atos de cedência são registrados no Cadastro Geral de Servidores e Empregados à Disposição – CAGED, operacionalizado junto à Secretaria da Administração e dos Recursos Humanos – SARH, em número sequencial, indicando o seguinte: nome e matrícula do servidor ou empregado, órgão de origem, órgão de destino, período da disposição, data de início da cedência, quantidade de prorrogações, responsabilidade pelo ônus da remuneração e cargo ou função de confiança titulado no destino.

15.14 SERVIDORES ADIDOS

Define-se o servidor adido como aquele servidor originário de outras esferas de Governo – federal, estadual ou municipal – ou de outros Poderes, colocados à disposição, para o exercício de uma função de confiança, em um órgão ou entidade pública do Estado.

O pedido de disposição de servidores de outros Poderes e de outras esferas da Federação junto ao Poder Executivo do Estado – Administração Direta e Indireta – deverá, obrigatoriamente, ser feito pelo Chefe do Poder Executivo, com exceção das permutas de professores estaduais com professores de Municípios do Estado do Rio Grande do Sul.

O cadastro e o controle de servidores adidos ao Poder Executivo – Administração Direta e Indireta – estão disciplinados pela Instrução Normativa nº 001/07, da Secretaria da Administração e dos Recursos Humanos – SARH.

15.15 DESVIO DE FUNÇÃO

O problema do desvio de função é uma situação presente nas estruturas funcionais dos entes públicos. Vários fatores têm contribuído para esse quadro, podendo ser enfocados sob os seguintes prismas:

Legal – O rigorismo imposto pelas normas que regem os atos administrativos restringe a velocidade e a racionalização dos fluxos operacionais nos entes públicos, em especial no que se refere à administração dos recursos humanos.

Político – As periódicas alternâncias no Poder das autoridades políticas e, por conseguinte, as alterações das concepções, ideologias e metas, modificam as prioridades antes estabelecidas. Como regra, os objetivos são traçados, e as estruturas existentes devem adaptar-se ao novo ordenamento político-administrativo.

Administrativo – A excessiva morosidade dos processos administrativos (burocracia) aliada à falta de políticas de gerenciamento dos recursos humanos trazem como consequência o descontrole da situação.

Operacional – Esse é o fator mais difícil de ser combatido quanto aos chamados desvios de função. Constantemente, são levadas ao conhecimento público, pelos meios de comunicação, as falhas do Estado na satisfação das necessidades da sociedade quanto à segurança pública, à educação e à saúde. Uma das causas para essas falhas pode ser identificada no desvio de função, pois muitos servidores das atividades-fim, como policiais civis e militares e professores, para exemplificar, são deslocados para atividades-meio com a finalidade de suprir carências de pessoal nessas áreas.

O desencadeamento desses fatores produz resultados operacionais, julgados benéficos, no curtíssimo prazo, porém criam distorções irreparáveis em médio e longo prazo, tanto do ponto de vista jurídico quanto do operacional.

Registre-se, por oportuno, que existe um expressivo contencioso trabalhista em relação ao Estado, englobando diversos processos judiciais em que servidores postulam direitos atinentes à equiparação de seus vencimentos/remuneração com o de outros servidores em razão de desvios de função.

A relevância do tema referente ao desvio de função foi reconhecida na própria Constituição Estadual de 1989, no artigo 47 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, que assim dispõe:

> No prazo de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, o Estado promoverá, no âmbito da Administração Direta e Indireta, concurso público de provas e títulos para provimento dos cargos cujas atribuições são exercidas por servidor público efetivo em desvio de função.

Ressalte-se que a prática do desvio de função deve ser controlada e corrigida pelo gestor do ente público, sob pena de eventual responsabilização, uma vez que poderá gerar graves e irreparáveis prejuízos ao erário e à prestação de serviços públicos essenciais e relevantes. Além disso, o Estatuto e Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis do Estado, Lei Complementar Estadual nº 10.098/94 (artigo 178, inciso X), estabelece como uma das proibições ao servidor "exercer ou permitir que subordinado seu exerça atribuições diferentes das definidas em lei ou regulamento como próprias do cargo ou função, ressalvados os encargos de chefia e as comissões legais".

15.16 ACÚMULO DE CARGO, EMPREGO E FUNÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabelece a regra da proibição de exercício simultâneo e remunerado de cargos, funções e empregos públicos (artigo 37, incisos XVI e XVII). O preceito abrange os agentes da Administração Direta e das Autarquias, Fundações, Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista, suas subsidiárias e sociedades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público.

No mesmo dispositivo, o Constituinte federal, reconhecendo a conveniência de melhor aproveitamento da capacidade técnica e científica de determinados profissionais, fixou algumas exceções à regra da não acumulação, em situações específicas, desde que haja compatibilidade de horários. Assim, o referido acúmulo é admissível nas seguintes hipóteses de exercício de:

a) dois cargos de professor;
b) um cargo de professor com outro, técnico ou científico;
c) dois cargos ou empregos privativos de profissionais da saúde, com profissões regulamentadas.

Ainda admite a nossa Carta Magna duas outras hipóteses de acumulação, a saber: um cargo de juiz com um cargo ou função de magistério (artigo 95, parágrafo único, I); um cargo no Ministério Público com outro cargo ou função de magistério (artigo 128, § 5º, II, "d").

No âmbito do Poder Executivo do Estado do RS, para efeitos de acumulação, restou estipulada uma carga horária máxima de 60 horas semanais para cada servidor público, nos termos prescritos na Lei Estadual nº 8.112/85, que dispõe precipuamente sobre os regimes de trabalho dos servidores públicos estaduais e estabelece limite de carga horária semanal para efeitos de acumulação.

15.17 AFASTAMENTOS LEGAIS

As chamadas licenças, também denominadas de afastamentos do trabalho autorizados por lei, são períodos em que o servidor deixa de exercer as atribuições do seu cargo, função ou emprego, por razões e nos termos fixados em lei, podendo perceber ou não os seus vencimentos. Algumas licenças configuram-se direitos dos servidores; outras dependem de apreciação de mérito e autorização emanada da autoridade administrativa competente. Os mencionados afastamentos legais (licenças), de modo geral, estão previstos nos estatutos próprios, nas Constituições Federal e Estadual, na CLT, em acordos ou convenções coletivas, assim como na legislação eleitoral.

A Lei Complementar Estadual nº 10.098/94, no capítulo VI, do título III – Das Licenças (artigo 128), prevê as situações em que o servidor, detentor de cargo público, poderá se afastar de suas atribuições. Assim, as licenças previstas na referida lei são as seguintes:

- para tratamento de saúde;
- por acidente em serviço;
- por motivo de doença em pessoa da família;
- à gestante, à adotante e à paternidade;
- para prestação de serviço militar;
- para tratar de interesses particulares;
- para acompanhar o cônjuge;
- para desempenho de mandato classista;
- prêmio por assiduidade;
- para concorrer a mandato público eletivo ou para o exercício de mandato eletivo;
- especial, para fins de aposentadoria.

Além das licenças anteriormente relacionadas, o aludido Estatuto e Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis (artigo 64 da Lei Complementar Estadual nº 10.098/94) considera de efetivo exercício os afastamentos por férias, casamento, falecimento de pessoa da família, doação de sangue, desempenho de mandato eletivo, missão ou estudos no País ou no exterior, deslocamento para nova sede, realização de provas, inclusive de concursos, participação em júris, assistência a filho excepcional, participação em programas de treinamento e atividades sindicais.

Ressalte-se que, para cada afastamento legal, há determinados requisitos que devem ser obedecidos tanto por parte do servidor como pela Administração, pois o pressuposto é de que o interesse público seja preservado. Cabe destacar, de mais a mais, que, afora os afastamentos decorrentes de licenças e afastamentos previstos em lei (inclusive na CLT), em estatutos próprios, bem como em acordos ou convenções coletivas, também existem afastamentos autorizados na legislação eleitoral (Lei Federal nº 9.504/97), tal como ocorre quando o servidor é convocado pelo TRE para trabalhar nas eleições.

15.18 GRATIFICAÇÃO E ABONO DE PERMANÊNCIA

A gratificação de permanência está prevista na Lei Complementar Estadual nº 10.098/94 (artigo 114), sendo deferida, se houver interesse da Administração, ao servidor que adquirir direito à aposentadoria voluntária com proventos integrais e cuja permanência no desempenho de suas funções for julgada conveniente e oportuna para o serviço público. A sua concessão e a renovação dar-se-ão por ato do Secretário da Administração e dos Recursos Humanos, por força da delegação de competência disposta no Decreto Estadual nº 47.715/10, correspondendo a dita gratificação a um percentual de 50% do vencimento básico percebido pelo servidor.

Por outro lado, o chamado abono de permanência, de concessão obrigatória bastando haver o requerimento do servidor, foi instituído pela EC nº 41/03 e consiste no pagamento do valor equivalente à contribuição do servidor para o Regime Próprio de Previdência Social – RPPS. Nesse caso, ao contrário da isenção instituída pela EC nº 20/98, o servidor continua contribuindo para o Regime Próprio de Previdência Social – RPPS ao qual está vinculado, cabendo ao Tesouro do Estado pagar-lhe o mencionado abono no mesmo valor da contribuição descontada de sua remuneração em folha de pagamento.

Esse abono será devido aos servidores públicos em duas situações distintas:

Primeira hipótese – prevista no artigo 40, §19 da CF/88 – o servidor que tenha completado as exigências para a aposentadoria voluntária, estabelecidas no § 1º, III, "a" (aposentadoria voluntária com proventos integrais), e que opte por permanecer em atividade fará "jus" ao abono de permanência até completar as exigências para a aposentadoria compulsória, contidas no §1º, II (aposentadoria compulsória). Assim, o servidor que, após a EC nº 41/03, preencher todos os requisitos para aposentar-se voluntariamente com proventos integrais e, mesmo assim, decidir permanecer em atividade fará "jus" ao abono de permanência, pelo menos até completar 70 anos de idade, quando deverá se aposentar pela compulsória.

Segunda hipótese – prevista no artigo 2º, § 5º da EC nº 41/03 – o servidor, de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para a aposentadoria voluntária e que opte por permanecer em atividade, fará "jus" ao abono de permanência até completar as exigências para a aposentadoria compulsória, contidas no artigo 40, § 1º, II, da CF/88. Aqui, é conveniente lembrar que se está tratando da primeira regra de transição da EC nº 41/03. Assim sendo, o servidor que ingressou em cargo efetivo até 16 de dezembro de 1998 (data de publicação da EC nº 20/98) e que preencheu os requisitos elencados no *caput* do artigo 2º da EC nº 41/03 terá direito a perceber, desde que permaneça na ativa, o abono de permanência, pelo menos até que complete a idade de 70 anos, quando deverá se aposentar compulsoriamente.

Convém informar, por oportuno, que, no âmbito da Administração Pública Estadual, englobando as Autarquias e as Fundações de direito público, a concessão do abono de permanência, instituído pelo artigo 40, § 19, da Constituição Federal de 1988, foi regulamentada pelo Decreto Estadual nº 43.218/04.

Tanto a gratificação de permanência como o abono de permanência possuem duplo objetivo, a saber:

a) incentivar o servidor que preencheu os requisitos para se aposentar a permanecer na ativa, pelo menos até a sua aposentadoria compulsória;
b) promover maior economia ao Estado que, com a permanência do servidor na ativa, consegue postergar no tempo a dupla despesa de pagar proventos a este e remuneração ao servidor que o substituirá.

15.19 REGRAS ESPECÍFICAS PARA EMPREGADOS PÚBLICOS

Consoante já mencionado, os empregados públicos são regidos pela CLT, possuindo direitos e deveres próprios, que diferem, em alguns casos, daqueles fixados para os servidores ocupantes de cargo público, os quais possuem vínculo estatutário (regidos pelo Estatuto e Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis – Lei Complementar Estadual nº 10.098/94) e regras próprias estabelecidas na Constituição Federal de 1988 (artigos 37 e seguintes). Nesse contexto, aos servidores detentores de emprego público são conferidos, por primeiro, os direitos atribuíveis aos trabalhadores urbanos e rurais, nos termos estatuídos no artigo 7º da Constituição Federal de 1988.

Dentre esses direitos, citam-se os seguintes, que não são, em regra, extensivos ao servidor detentor de cargo público:

- relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;
- seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;
- fundo de garantia do tempo de serviço;
- piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;
- irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;
- proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;
- participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;
- jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

– aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;
– reconhecimento das convenções e dos acordos coletivos de trabalho;
– direito de ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;
– proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito, e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;
– igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

Além dos direitos garantidos constitucionalmente, outros poderão ser conferidos aos empregados públicos, conforme disposições presentes na CLT ou em acordos ou convenções coletivas de trabalho da respectiva categoria profissional, que possuem força de lei.

15.20 ATOS ADMINISTRATIVOS DE PESSOAL

A vida funcional dos servidores públicos, ou seja, a evolução de sua situação, desde o ingresso, passando pela progressão e até o encerramento (aposentadoria), deve ser deferida e disciplinada por atos administrativos originários de autoridade com prerrogativas para tal, cujas ações, que norteiam os direitos, as vantagens, as concessões e as obrigações, devem obedecer aos princípios constitucionais, especialmente os da legalidade e da publicidade.

Especificamente, em relação aos atos administrativos referentes a pessoal, há aqueles que nomeiam o candidato, o habilitam à posse e concedem vantagens e direitos, tais como adicionais, avanços, incorporações, designações e dispensas de funções gratificadas, licença-prêmio, promoções, remoções e aposentadoria. Destacam-se, também, os atos discricionários de competência do Chefe do Poder Executivo, os que são emanados dos Secretários de Estado e dos dirigentes de entidades por delegação de competência e outros praticados por qualquer superior hierárquico.

Importante salientar que qualquer ato administrativo que conceda direitos ou vantagens ao servidor deve, necessariamente, ser publicado no Diário Oficial do Estado, como condição para a sua eficácia, com produção de efeitos, em regra, a contar da data da sua publicação.

15.21 SINDICÂNCIA E PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

A sindicância é o instrumento utilizado pela Administração Pública para apurar irregularidade no serviço público estadual ou prática de infração funcional, quando os dados forem insuficientes para sua determinação ou para apontar o servidor faltoso ou, ainda, sendo este determinado, não for a falta confessada, documentalmente provada ou manifestamente evidente.

Configura-se como meio de apuração prévia, em relação ao processo administrativo disciplinar, e destina-se a colher elementos informativos para a decisão de instaurá-lo ou não. A sindicância não se instaura contra um servidor; ela visa a apurar possíveis fatos irregulares e seu possível autor. Em geral, observam-se as seguintes fases em seu procedimento: instauração, instrução e relatório.

Toda autoridade estadual é competente para, no âmbito da jurisdição do órgão sob sua chefia, determinar a realização de sindicância, de forma sumária, a qual deverá ser concluída no prazo máximo de 30 dias úteis, podendo ser prorrogado por até igual período (artigo 201, da Lei Complementar Estadual nº 10.098/94). A sindicância deverá ser sempre cometida a um servidor de hierarquia igual ou superior ao do implicado, se houver.

Os integrantes da comissão sindicante desenvolverão o encargo em tempo integral, podendo ficar dispensados de suas atribuições normais até a apresentação do relatório final, no prazo estabelecido. Reunidos os elementos coletados, o relatório traduzirá as conclusões gerais, indicando, se possível, o provável responsável, a irregularidade ou transgressão praticada e o seu enquadramento nas disposições da lei reguladora da matéria.

Se a sindicância concluir pela culpabilidade de servidor, este será notificado para apresentar sua defesa, em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa. À autoridade instauradora, de posse do relatório, cabe decidir pelo arquivamento do processo, pela aplicação da penalidade, ou pela instauração de inquérito administrativo.

No que se refere ao processo administrativo disciplinar, *stricto sensu*, diz-se que é o meio pelo qual se pode apurar a responsabilidade, por infrações funcionais, de servidor identificado. Em geral, os estatutos destinam esse instrumento para condutas ensejadoras de penas graves, como, por exemplo, as ações que ensejam suspensão superior a 30 dias ou demissão.

Nos termos do artigo 205, do Estatuto e Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis, o processo administrativo disciplinar é o instrumento utilizado no Estado para apurar responsabilidade de servidor por irregularidade ou por infração praticadas no exercício de suas atribuições, ou que tenham relação direta com o exercício do cargo em que se encontra efetivamente investido.

Geralmente, os estatutos preveem as seguintes fases do processo administrativo disciplinar: instauração, instrução, defesa, relatório e julgamento. Essas etapas estão contempladas no artigo 211 da Lei Complementar Estadual nº 10.098/94, que estabelece que o processo administrativo disciplinar desenvolver-se-á, necessariamente, nas seguintes fases:

– de instauração, ocorrendo a partir do ato que constituir a comissão;
– de processo administrativo disciplinar propriamente dito, compreendendo a instrução, a defesa e o relatório;
– e de julgamento.

16. TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA

Sumário: 16.1 Considerações Gerais e Definição - **16.2** Legislação - **16.3** Hipóteses, Vedação e Referências Jurisprudenciais - **16.4** Responsabilidade Solidária ou Subsidiária - **16.5** Contratação de Cooperativas de Trabalho - **16.6** Ação do Ministério Público - **16.7** Aspecto da Economicidade e dos Preços - **16.8** Orientações do Órgão de Controle Interno.

16.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS E DEFINIÇÃO

No âmbito da Administração Pública, a utilização de serviços terceirizados começou a ter grande expansão com a edição do Decreto-Lei nº 200/67, que, com a intenção de evitar o aumento demasiado da estrutura da chamada "máquina administrativa", previu, em seu artigo 10, que a execução das atividades da Administração Federal deve ser amplamente descentralizada. E, no mesmo artigo, em seu § 7º, deixa consignado que a Administração deve procurar desobrigar-se da realização de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada para desempenhar os encargos de tal execução.

O uso da terceirização, entretanto, tem-se constituído, muitas vezes, em um procedimento de contratação indireta de pessoal, visando a atender atividades-fim e atividades-meio dos órgãos e das entidades da Administração Pública que deveriam ser realizadas por servidores ou empregados abrangidos pelo seu Quadro de Pessoal ou pelos Planos de Cargos e Salários, contratados por concurso público.

Ocorre que, em determinadas situações urgentes e em razão da falta de autorização para a realização de concurso público, os gestores, por meio do uso da contratação de empresas (pessoas jurídicas) ou de pessoas físicas prestadoras de serviços de assessoria e de consultoria, contratam-nas para o fornecimento de mão de obra com vistas a suprir suas necessidades de pessoal, o que se constitui em um ato considerado irregular.

O instituto da terceirização pode ser definido, em linhas gerais, como uma técnica de contratação de serviços que se encontram disponibilizados nos mais diversos segmentos do setor empresarial, seja na esfera privada, seja na pública, e consiste na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não se configuram como a finalidade principal dos órgãos ou das entidades públicas. Essa contratação pode envolver tanto a produção de bens quanto a prestação de serviços, como ocorre na necessidade de contratação de serviços de limpeza, de vigilância ou até de serviços temporários.

16.2 LEGISLAÇÃO

- Lei Federal nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971
- Lei Federal nº 6.019, de 03 de janeiro de 1974
- Lei Federal nº 7.102, de 20 de junho de 1983
- Lei Federal nº 12.690, de 19 de julho de 2012
- Decreto Federal nº 2.271, de 07 de julho de 1997
- Decreto Estadual nº 43.183, de 22 de junho de 2004
- Decreto Estadual nº 44.365, de 23 de março de 2006
- Ordem de Serviço da Governadora nº 10, de 09 de julho de 2008
- Instrução Normativa DDPE/SEFAZ nº 01, de 24 de maio de 2006

16.3 HIPÓTESES, VEDAÇÃO E REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

No âmbito da Administração Pública, somente poderão ser objeto de execução indireta – terceirização – aquelas funções relacionadas à atividade-meio (auxiliares ou acessórias à atividade-fim) dos órgãos ou

das entidades, desde que não estejam abrangidas nas atividades exercidas por detentores de cargos e empregos previstos em Quadro de Pessoal ou Plano de Cargos e Salários dos referidos entes públicos.

Nesse sentido, a União já regulamentou a matéria através do Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997, estabelecendo que a Administração Pública pode terceirizar as seguintes atividades: conservação, limpeza, segurança, vigilância, transporte, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações, e manutenção de prédios, equipamentos e instalações.

Por vezes o Administrador Público, ao decidir terceirizar determinados serviços, autoriza a locação de mão de obra para funções de natureza permanente e vinculada à sua atividade-fim. Esse tipo de terceirização representa, na verdade, uma contratação indireta de pessoal, o que infringe o disposto no artigo 37, II, da Constituição Federal de 1988, que prevê a obrigatoriedade de realização de concurso público para a investidura em cargos e empregos públicos.

Oportuno mencionar que, havendo a necessidade premente da contratação de pessoal para realizar atividades laborais que são de competência de servidores públicos, poderá o Administrador Público solicitar autorização legislativa para a contratação temporária, por excepcional interesse público, a que alude o artigo 37, IX, da Constituição Federal de 1988, ratificado pelo prescrito na Constituição Estadual de 1989 (artigo 19, IV), o que – convém esclarecer – não se confunde com a sistemática da terceirização. Naquela hipótese, nos termos constantes de uma lei estadual autorizativa, aprovada pela Assembleia Legislativa, o Poder Público contrata de forma direta os servidores de que necessita, os quais exercerão, por prazo determinado, as funções e as atividades do cargo ou do emprego para o qual foram contratados.

No caso específico da terceirização, está-se diante de serviço que se ajusta ao regime de execução indireta (artigo 10, II, da Lei Federal nº 8.666/93). Vale dizer que a Administração, por intermédio de um processo de licitação, contrata uma empresa para fornecer-lhe mão de obra, não havendo entre o empregado e o órgão ou a entidade pública tomadora do serviço qualquer vínculo de subordinação.

Importante enfatizar que, por vezes, contratos administrativos têm sido celebrados sob a denominação de prestação de serviços técnicos especializados ou de serviços em geral, visando a dar uma (suposta) aparência de legalidade ao ato, o que, em realidade, não é o que acontece, pois, ao se fazer a análise dessas contratações, verifica-se que as pessoas contratadas estão desenvolvendo atividades permanentes, contínuas e rotineiras. Estas são ligadas à atividade-fim do ente contratante, exercidas na sua sede, sob a subordinação direta de chefias que são exercidas por servidores do Quadro de Pessoal do próprio órgão que as contratou.

Inúmeras situações como essas têm sido detectadas e apontadas pela CAGE, Órgão de Controle Interno, o que pode resultar em responsabilização dos Administradores perante o Tribunal de Contas do Estado – TCE, além de outras sanções cíveis e decorrentes da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal nº 8.429/92), na hipótese de ajuizamento de eventuais ações trabalhistas que venham a causar prejuízo ao ente público, em virtude da chamada responsabilidade subsidiária do tomador de serviços pelas obrigações trabalhistas existentes.

A respeito da matéria, o Tribunal de Contas da União – TCU, por seu Plenário, proferiu a Decisão de nº 040-96, que apresenta o seguinte teor:

> (...) b) proceda, no caso de contratação de serviços técnicos profissionais especializados, à realização de licitação pública, nos termos do art. 13, §1º, da Lei 8.666/93, observando, ainda, o caráter eventual de tais contratações, não sendo admitido desempenho sistemático por terceiros de atividades inerentes às categorias funcionais do Plano de Cargos e Salários da Entidade, por caracterizar contratação de mão-de-obra indireta, em desacordo com o art. 37, inciso II, da Constituição Federal.

Súmula 331 – TST

A súmula 331 do TST é hoje um dos principais elementos normativos do instituto da terceirização trabalhista, à medida que o Tribunal Superior do Trabalho – TST, preocupado com a fraude advinda da irregular terceirização dos serviços, em relação aos direitos dos empregados, assim deliberou:

> I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03-01-74).

> II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (artigo 37, II, da Constituição da República).
> III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 7.102, de 20-06-83) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.
> IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.
> V - Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.
> VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

O item I diz que é vedada a intermediação de mão de obra no sistema jurídico brasileiro, salvo na hipótese de se tratar de trabalho temporário.

De acordo com o item II da supracitada Súmula nº 331 do TST, a contratação irregular de trabalhador, por empresa interposta, não gera vínculo de emprego com a Administração Pública, em razão da determinação contida no inciso II do artigo 37 da Constituição Federal de 1988. Ou seja, para a investidura em cargo ou emprego público, há a obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Se no item I há o regramento da terceirização considerada ilícita, no item III a regra de terceirização é lícita. Com efeito, a jurisprudência admite, além das duas modalidades de terceirização já referidas (vigilância e conservação), também a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador.

É importante fazer-se a distinção entre atividade-fim e atividade-meio. A primeira é aquela ligada indissociavelmente à finalidade da criação do órgão ou entidade da Administração Pública. A segunda é aquela atividade de apoio, importante, mas não essencial à consecução dos fins do órgão ou entidade.

Em 24 de maio de 2011, o TST editou alterações no enunciado da Súmula 331, modificando o texto do item IV e acrescendo os itens V e VI, alterando, com isso, a responsabilidade trabalhista do Estado perante terceiros que lhe prestaram serviços.

16.4 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA OU SUBSIDIÁRIA

Ainda no âmbito do instituto da terceirização, é relevante destacar a questão que envolve a responsabilidade solidária, notadamente em razão do disposto no artigo 71, § 2º, da Lei Federal nº 8.666/93, com a redação dada pela Lei Federal nº 9.032/95, na qual se estabelece que a Administração Pública responderá solidariamente com a empresa contratada pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, *in verbis*:

> Art. 71 - O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.
> ...
> § 2º A administração pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do artigo 31 da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991.

No tocante especificamente aos encargos trabalhistas, o artigo 71, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93 define que a inadimplência do contratado não transfere à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento de tais encargos, nem poderá onerar o objeto do contrato.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal – STF, no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade – ADC nº 16, decidiu, por votação majoritária, pela constitucionalidade do artigo 71, *caput* e § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93, de modo que a aplicação dos termos do item IV da Súmula nº 331 do TST somente será

considerada válida quando a inadimplência da empresa contratada, comprovadamente, decorrer de falha ou falta de fiscalização por parte do órgão público contratante.

Posteriormente, o TST acresceu, por meio da Resolução nº 174/2011, o item V à Súmula 331 visando eliminar a controvérsia a respeito da aplicabilidade ou não da responsabilização subsidiária da Administração Pública nas hipóteses de terceirização. O referido item esclarece, em consonância com o entendimento do TST, que a responsabilização da Administração não é automática, mas pode ocorrer dependendo da evidência de culpa *in vigilando*. Assim, apenas no caso concreto será possível aferir a responsabilização da Administração Pública.

Reitere-se que a contratação irregular de trabalhador, por empresa interposta, em razão do previsto na Carta Magna brasileira (artigo 37, II), não gera vínculo empregatício com a Administração Pública. Porém, consoante o Enunciado da Súmula nº 331 do TST, o ente estatal poderá ser responsabilizado, subsidiariamente, nas situações em que ficar comprovada a falta de fiscalização, pela contratante, do cumprimento das obrigações contratuais e legais por parte da contratada.

Em virtude disso, deve o administrador público, previamente ao pagamento de cada parcela mensal do contrato, exigir da empresa contratada a comprovação do adimplemento da totalidade de suas obrigações trabalhistas e previdenciárias, decorrentes do contrato celebrado com o ente público, sob pena de ser responsabilizado pelo Tribunal de Contas do Estado, em razão de prejuízos a serem suportados pelos cofres públicos, se comprovada a falha ou a falta de fiscalização por parte do órgão público contratante.

Deve-se mencionar que a Lei Federal nº 9.711/98, dando nova redação ao artigo 31 da Lei Federal nº 8.212/91, determinou que cabe ao contratante dos serviços, mediante cessão de mão de obra, proceder à retenção de 11% do valor bruto da nota fiscal ou da fatura de prestação do serviço, a título de contribuição previdenciária, devendo efetuar o recolhimento no mês subsequente ao da emissão da nota ou da fatura, em nome da empresa cedente da mão de obra. Esta compensará o valor retido quando do recolhimento das contribuições à seguridade social devidas sobre a folha de pagamento dos segurados da previdência a seu serviço.

Cessará, portanto, a solidariedade à medida que o contratante da empresa cedente da mão de obra tiver retido e recolhido, nos prazos definidos na legislação previdenciária, o valor correspondente ao percentual de 11% sobre o valor bruto dos serviços que contratou.

16.5 CONTRATAÇÃO DE COOPERATIVAS DE TRABALHO

As contratações de pessoal, realizadas por intermédio das chamadas cooperativas de trabalho, constituem-se em uma das formas utilizadas pela Administração Pública para a terceirização de seus serviços.

O cooperativismo não é um processo novo tanto no Brasil quanto no mundo. Na Europa, é adotado desde o século XIX e, no Brasil, sua primeira regulamentação data de 19 de dezembro de 1932, tendo sido instituída pelo Decreto-Lei nº 22.239, que, inclusive, não está mais em vigor. A Lei federal nº 5.764/71 é considerada como o Estatuto do Cooperativismo. Em seu artigo 4º, *caput* e incisos, ela assim disciplina:

> (...)
> Art. 4º – As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas à falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características:
> I – adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo a impossibilidade técnica de prestação de serviços;
> [...]
> V – singularidade de voto, podendo as cooperativas centrais, federações e confederações de cooperativas, com exceção das que exerçam atividade de crédito, optar pelo critério da proporcionalidade;
> [...]
> VII – retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado, salvo deliberação em contrário da Assembleia Geral;
> [...]
> IX – neutralidade política e indiscriminação religiosa, racial e social;
> X – prestação de assistência aos associados e, quando prevista nos estatutos, aos empregados da cooperativa;
> XI – área de admissão de associados limitada às possibilidades de reunião, controle, operações e prestação de serviços.

Com relação às características anteriormente especificadas, é importante frisar que a falta de qualquer uma delas enseja o comprometimento da própria existência de uma sociedade cooperativa. O pedido de ingresso e a matrícula na cooperativa constituem-se em atos de livre aceitação, não de imposição. Recentemente foi editada a Lei Federal nº 12.690, de 19 de julho de 2012. Essa nova legislação dispõe que a Cooperativa de Trabalho é uma sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais com proveito comum, autonomia e autogestão para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho, podendo ser de produção e de serviço, esta última quando constituída por sócios para a prestação de serviços especializados a terceiros, sem a presença dos pressupostos da relação de emprego.

Em seu art. 3º, disciplina:

> Art. 3º - A Cooperativa de Trabalho rege-se pelos seguintes princípios e valores:
> I – adesão voluntária e livre;
> II – gestão democrática;
> III – participação econômica dos membros;
> IV – autonomia e independência.
> (...)
> VIII – preservação dos diretos sociais, do valor social do trabalho e da livre iniciativa;
> (...)
> XI – participação na gestão em todos os níveis de decisão de acordo com o previsto em lei e no Estatuto Social.

Outra novidade dessa lei refere-se ao seu artigo 5º, o qual diz expressamente que a Cooperativa de Trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada, inclusive estabelecendo penalidades, tanto para elas como para os contratantes de seus serviços.

Destaca-se também o constante no artigo 18 quanto às sanções penais, cíveis e administrativas cabíveis, sem prejuízo da ação judicial visando à dissolução da cooperativa, quando a constituição ou utilização de Cooperativa de Trabalho tiver como intenção fraudar deliberadamente a legislação trabalhista e previdenciária.

Assim, o fato de os trabalhadores serem, praticamente, obrigados a ingressar nas cooperativas de mão de obra como única maneira de obterem trabalho significa a perda de uma das principais características que as definem: o livre arbítrio. Logo, essas cooperativas configuram-se como irregulares e falsas, pois são oriundas da vontade dos seus "administradores" e não da decisão livre dos trabalhadores de nela ingressarem.

A Lei Federal nº 8.949/94 inseriu um parágrafo único ao artigo 442 da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, estipulando que não existe vínculo empregatício entre as cooperativas e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquelas. O artigo 90 da Lei Federal nº 5.764/71 também traz dispositivo nesse sentido.

Já a Lei nº 12.690/2012, em seu artigo 30, tinha a intenção de revogar o parágrafo único do artigo 442 da CLT; entretanto, o referido artigo foi vetado consoante Mensagem nº 331, de 19 de julho de 2012 da Presidência da República, de maneira que tal dispositivo permanece em vigor. Após essa modificação, entretanto, a repentina proliferação de "cooperativas de trabalhadores" faz supor que, sob o "inocente rótulo" de trabalho cooperativo, multiplicaram-se fraudes destinadas a ocultar relações de trabalho permanentes, em regime de subordinação, mediante pagamento de importâncias com típica característica de salário.

Constatada a situação anteriormente descrita, passou-se a ter, de um lado, trabalhadores cooperativados reivindicando o reconhecimento de vínculo de emprego com a própria cooperativa ou (principalmente) com a empresa tomadora dos serviços, que, inclusive, pode ser um ente público. De outra parte, está havendo o questionamento, especialmente por intermédio de iniciativas do Ministério Público do Trabalho, da atuação de tais cooperativas, a pretexto de constituírem (dentre outros argumentos) meros intermediários de mão de obra, o que resulta em burla às normas trabalhistas protetoras da relação laboral. Em razão disso, a participação de cooperativas nas licitações realizadas pelo Poder Público tem sido encarada com reservas e deve ser cercada de alguns cuidados.

Em primeiro lugar, porque as alegadas vantagens de natureza tributária e trabalhista que teriam essas sociedades em relação às demais resultam em afronta ao princípio da igualdade. Em segundo lugar, porquanto essas "falsas cooperativas de trabalho", que não passariam de simples "agenciadoras" de mão de obra, vêm

sendo constituídas com o intuito de aproveitar as aludidas vantagens tributárias e trabalhistas para benefício exclusivo dos dirigentes dessas organizações.

Deve-se levar em conta, também, o custo adicional da Administração Pública ao contratar com tais cooperativas de trabalho, na medida em que deve ser considerada a contribuição a ser paga pela contratante ao INSS, no percentual de 15% sobre o valor do serviço contratado. E esse custo deverá ser tomado em consideração por ocasião do julgamento das propostas de preços apresentadas pelas cooperativas em relação às demais empresas participantes das licitações.

Outro cuidado que o gestor público deve ter em relação às contratações de serviços executados por intermédio de cooperativas de trabalho é o fato de tais sociedades cobrarem dos órgãos ou das entidades contratantes a indenização dos valores relativos ao vale-refeição e ao vale-transporte, o que se constitui em flagrante irregularidade, tendo em vista que os prestadores dos serviços são cooperados e não empregados, existindo respaldo legal para a concessão e o pagamento de tais benefícios somente em face da relação de emprego.

16.6 AÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O frequente desrespeito à legislação trabalhista, por parte dessas falsas "cooperativas de trabalho", vem determinando uma rigorosa atuação e interferência do Órgão do Ministério Público nesse processo, com o objetivo de evitar e corrigir tal ilegalidade. Esse trabalho vem materializando-se e concretizando-se mediante a celebração dos chamados Termos de Ajustamento de Conduta – TAC com entidades pertencentes à Administração Pública estadual, para que estas se abstenham de contratar tais cooperativas irregulares, garantindo, assim, a devida proteção dos direitos dos trabalhadores, previstos legalmente.

A Lei Federal nº 7.347/85 (que disciplina a chamada Ação Civil Pública) faculta ao Órgão do Ministério Público do Trabalho proceder na celebração de TAC com entidades investigadas por supostas irregularidades praticadas na área trabalhista. Com base neste permissivo, cita-se, de modo exemplificativo, a assunção de compromissos pelo Estado no sentido de não contratar nem manter trabalhadores terceirizados por meio de cooperativas de mão de obra quando os serviços prestados, pela própria natureza ou pelo modo como usualmente são executados no mercado em geral, demandarem subordinação jurídica, pessoalidade e não-eventualidade em relação ao contratante e/ou em relação à cooperativa contratada.

Esclareça-se, ademais, que a eventual suspensão unilateral dos compromissos assumidos nos Termos de Ajustamento de Condutas firmados poderá ensejar a imediata execução, perante a Justiça do Trabalho, das obrigações assumidas e das penalidades neles previstas.

Em suma, o objetivo do Ministério Público, com a celebração de TAC, é evitar que os entes públicos contribuam com o desrespeito aos direitos sociais e trabalhistas dos trabalhadores ditos cooperados e, de outra forma, reduzir as dívidas trabalhistas decorrentes de condenações impostas ao Estado, pela responsabilização em ações judiciais movidas por "sócios" de falsas cooperativas.

Assim sendo, os gestores públicos têm o dever de obstaculizar a ocorrência de irregularidades que, porventura, possam existir em razão de contratações efetuadas com "pseudocooperativas", tendo em vista que o Poder Público não pode pactuar com ações que resultem em supressão de direitos trabalhistas regrados pela Constituição Federal de 1988 e pela CLT.

Entretanto, a Administração Pública deve estar ciente do contido no § 2º do artigo 10 da Lei 12.690/2012, ao estabelecer:

> Art. 2º - A Cooperativa de Trabalho, não poderá ser impedida de participar de procedimentos de licitação pública que tenham por escopo os mesmos serviços, operações e atividades previstas em seu objeto social.

16.7 ASPECTO DA ECONOMICIDADE E DOS PREÇOS

Com a utilização da terceirização, a Administração Pública visa, também, à economicidade, que é a aplicação de forma racional e econômica dos recursos públicos, de maneira que os resultados obtidos sejam coincidentes com os fins desejados pelo interesse público quanto à legalidade, à eficiência e à eficácia dos atos administrativos praticados.

Nesses moldes, a Administração Pública, antes de contratar, deve verificar se a sua pretensão está em consonância com os dispositivos legais que regem a matéria, motivando seu ato. Além disso, deve demonstrar que os serviços que pretende terceirizar estão de acordo com o previsto na Lei Federal nº 8.666/93, sem representar uma contratação indireta de pessoal, o que implicaria a existência de subordinação e pessoalidade entre o terceirizado e o ente público contratante, caracterizando uma evidente burla à regra do concurso público.

Na citada Lei Federal nº 8.666/93, estão estabelecidas as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos três Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, os quais devem aí buscar o amparo legal.

A terceirização, no âmbito da Administração Pública, exige do Administrador muita cautela, pois eventual débito trabalhista das empresas terceirizadas, em decorrência da falta de fiscalização da Administração, poderá recair sobre o órgão ou a entidade tomadores dos serviços. Nesse caso, estar-se-ia diante da chamada responsabilidade subsidiária, conforme já explicitado neste capítulo.

Dessa forma, o administrador público deve exigir garantias e acompanhar o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora dos serviços, especialmente quando do encerramento do contrato, visando a evitar que o ente público tenha que arcar com prejuízos financeiros em razão de condenações na esfera da Justiça do Trabalho, por força de demandas judiciais trabalhistas que possam vir a ser ajuizadas pelos empregados terceirizados.

Nessa esteira, por ocasião dos exames efetuados pelos órgãos de controle interno e externo, tem-se verificado que, nos contratos de prestação de serviços celebrados por entes públicos, vêm sendo aceitos percentuais exorbitantes relativos aos vários itens que compõem o preço final das avenças, os quais são muito superiores àqueles aceitáveis em nível de mercado.

Como exemplo disso, podem-se citar as contratações de mão de obra em que os serviços a serem executados dizem respeito à atividade-meio das entidades e em que, muitas vezes, os preços ajustados são superiores ao montante dos encargos e salários pagos pelas entidades aos seus servidores para exercerem as mesmas atividades, representando um custo demasiado e desproporcional para o ente público contratante, além de gerar um forte desestímulo para o seu quadro funcional.

Deve-se ter presente que a terceirização só se justifica quando atender ao princípio da economicidade, devendo os gestores públicos somente concretizá-la após comprovação de que os preços contratados estão efetivamente de acordo com aqueles praticados no mercado.

16.8 ORIENTAÇÕES DO ÓRGÃO DE CONTROLE INTERNO

A Informação CAGE/DEO nº 36/03 traz orientação específica sobre a possível forma de ser efetuada a contratação terceirizada pelos órgãos e pelas entidades estaduais, devendo estes observar, previamente à contratação, os seguintes aspectos condicionantes:

1 – se não há, em sua estrutura administrativa, cargos com atribuições típicas das atividades a serem realizadas por meio da contratação de empresas prestadoras de serviço;
2 – se os serviços terceirizados não constituem atividades realizadas por meio de atos administrativos *stricto sensu*;
3 – se os serviços a serem contratados correspondem a atividades auxiliares, não constituindo atividades-fim da organização;
4 – se a contratação não se caracteriza exclusivamente como fornecimento de mão de obra;
5 – se, da contratação, não resultará a subordinação dos empregados da contratada aos servidores detentores de cargos de direção e chefia do órgão contratante e tomador dos serviços.

Outro aspecto fundamental na terceirização de serviços diz respeito à fiscalização do contrato. Em virtude da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, conforme definido no item V da Súmula nº 331 do TST, deverão ser adotadas todas as medidas de fiscalização necessárias, tendentes a verificar se o prestador dos serviços cumpre, na íntegra, as suas obrigações não só trabalhistas, mas também contratuais e legais. Assim, assegura-se que o ente público, na condição de tomador dos serviços, não venha a ser eventualmente condenado, em juízo, ao pagamento de valores por falha ou falta de fiscalização quanto à execução do contrato.

17. DIÁRIAS

Sumário: 17.1 Definição - **17.2** Legislação - **17.3** Concessão - **17.4** Tipos de Diárias - **17.5** Pagamento de Diárias - **17.5.1** Formas de Pagamento - **17.5.2** Modalidades de Diárias Quanto ao Valor - **17.5.3** Tabela de Pagamentos - **17.6** Ressarcimento de Despesas com Alimentação - **17.7** Prestação de Contas - **17.7.1** Prazos - **17.7.2** Formalização do Processo - **17.7.3** Pontos de Controle - **17.8** Sanções - **17.9** Perguntas e Respostas.

17.1 DEFINIÇÃO

Diária é a indenização pecuniária destinada à cobertura das despesas com hospedagem e alimentação do servidor público quando do deslocamento temporário de sua sede, por motivo de serviço ou para participação em eventos ou cursos de capacitação profissional. Considerar-se-á como sede, para efeitos dessa indenização, o local onde o servidor estiver em exercício permanentemente. As diárias são devidas apenas aos servidores detentores de cargos ou empregos públicos, ainda que providos por comissão, que sejam vinculados aos órgãos e às entidades integrantes da Administração Pública Direta e Indireta do Estado.

17.2 LEGISLAÇÃO

- Lei Complementar Estadual nº 10.098, de 03 de fevereiro de 1994 (artigos 95 a 97)
- Lei Estadual nº 12.034, de 19 de dezembro de 2003
- Lei Estadual n° 14.018, de 22 de junho de 2012.
- Decreto Estadual nº 24.846, de 1º de setembro de 1976
- Decreto Estadual nº 29.777, de 28 de agosto de 1980
- Decreto Estadual nº 30.169, de 02 de junho de 1981
- Decreto Estadual nº 33.317, de 03 de outubro de 1989
- Decreto Estadual nº 35.693, de 06 de dezembro de 1994
- Decreto Estadual nº 36.333, de 1º de dezembro de 1995
- Decreto Estadual n° 49.820, de 13 de novembro de 2012
- Decreto Estadual nº 40.879, de 09 de julho de 2001
- Portaria SEFAZ n° 060, de 09 de agosto de 2012
- Circular CAGE n° 01, de 12 de janeiro de 1996

17.3 CONCESSÃO

Em primeiro lugar, cumpre assinalar que o servidor, quando se deslocar de sua sede, temporariamente, em objeto de serviço perceberá somente diárias. A diária, cabe enfatizar, é concedida por dia de afastamento, sendo devida, pela metade (artigo 7º do Decreto Estadual nº 24.846/76) quando:

a) não ocorrer, no dia a que corresponda, pernoite fora da sede, bem como, quando ocorrendo, não for indispensável para o bom desempenho do serviço;
b) o deslocamento se der para o interior do próprio município, mas somente no caso de a distância percorrida ser superior a 50 km;
c) as despesas de hospedagem, excluída a alimentação, forem pagas diretamente pelo Estado ou por outra Entidade, não correndo à conta do servidor;
d) os servidores policiais militares deslocarem-se para frequentar curso ou estágio fora da sua sede, mas dentro do Estado.

Por outro lado, não caberá a concessão de diárias (§ 2º, do artigo 6º do Decreto Estadual nº 24.846/76) quando:

a) o deslocamento for exigência permanente do exercício do cargo, ou da atribuição;
b) o servidor utilizar meio de transporte que já inclua em seu preço alimentação e pousada pelo tempo em que durar essa espécie de transporte;
c) o deslocamento for efetuado para atender à convocação da Justiça Civil ou Militar em processo em que o próprio servidor seja indiciado;
d) o deslocamento fora da sede não implicar qualquer despesa de alimentação, estadia ou pernoite;
e) o deslocamento, por motivo de saúde, não for resultante de acidente em trabalho ou moléstia profissional;
f) o deslocamento for para localidades distantes até 50 km da sede e não implicar pernoite. Nesse caso, o servidor será ressarcido das despesas comprovadas com alimentação até o limite máximo de 50% do valor da diária (ressarcimento de despesas com alimentação).

No tocante aos servidores designados para estudo no estrangeiro, por tempo inferior a 30 dias, o total das diárias especiais, fixadas pelo Governador do Estado, não poderá exceder o dobro do vencimento ou do salário do servidor.

Os servidores de outras esferas administrativas, outros Poderes do Estado, ou da Administração Indireta, que estiverem à disposição do Poder Executivo, com ou sem ônus, perceberão diárias equivalentes à função para a qual foram designados. O deslocamento do servidor para fora de sua sede deverá ser formalizado mediante processo administrativo, devidamente instruído pela autoridade requisitante e autorizado pelo dirigente máximo do órgão ou da entidade, contendo a descrição do motivo do deslocamento (objeto de serviço, eventos ou cursos de capacitação), o qual deverá estar em conformidade com as atribuições/atividades do cargo ou da função exercida.

Os afastamentos para fora do País e para outros Estados e Distrito Federal ficam condicionados à prévia autorização de autoridade competente, nos seguintes termos:

– para o exterior: o Governador do Estado;
– dentro do território nacional: o Vice-Governador, os Secretários de Estado, o Secretário-Geral de Governo, os Secretários Extraordinários, o Chefe da Casa Civil, o Chefe da Casa Militar, o Procurador-Geral do Estado e o Defensor Público-Geral do Estado, no âmbito de suas respectivas áreas.

Observe-se que os deslocamentos para fora do Estado dos Secretários de Estado, dos Secretários Extraordinários ou de autoridades que tenham idênticas prerrogativas são, atualmente, autorizados pelo Secretário-Chefe da Casa Civil.

A solicitação de diárias é feita com o preenchimento de uma requisição de pagamento de diárias, contendo o nome do servidor, a identidade funcional/matrícula, o cargo ou a função, a(s) localidade(s) de destino, o período de afastamento, a finalidade da viagem (objeto do serviço), o número e o custo das diárias.

17.4 TIPOS DE DIÁRIAS

Existem dois tipos de diárias, a saber:

Diária normal – É utilizada para os deslocamentos ocorridos no território nacional, podendo assumir diferentes valores de indenização, conforme o cargo ou a função ocupada e o destino do servidor – para fora ou dentro do Estado e, neste, para Capital ou interior.

Diária especial – É destinada a indenizar as viagens do servidor para o exterior. As diárias especiais são autorizadas por ato específico do Governador do Estado, que também estabelece o seu valor em moeda estrangeira.

17.5 PAGAMENTO DE DIÁRIAS

17.5.1 Formas de Pagamento

Quanto à forma de pagamento de diárias, pode-se elencar a seguinte classificação:

Diária antecipada – Em regra, a diária deve ser paga de forma antecipada, conforme requisição devidamente autorizada e formalizada em processo administrativo. Caso o afastamento do servidor prolongue-se por tempo superior ao previsto na requisição, ser-lhe-á devida a indenização correspondente. Ao contrário,

na hipótese de sua permanência se dar por período inferior ao previsto, a diferença deverá ser recolhida aos cofres públicos.

Diária programada – Quando, por necessidade do serviço, os deslocamentos ocorrerem em vários períodos dentro do mês, dificultando a prestação de contas por parte do servidor, é permitida a requisição das diárias previamente programadas no mês. Nesse caso, a prestação de contas começará a contar a partir do término do último deslocamento (§ 4º, artigo 1º, do Decreto Estadual nº 35.693/94), devendo as diárias ser requisitadas com antecedência e de uma só vez, para posterior prestação de contas em um único processo.

Diária por adiantamento – As disposições da Lei Estadual nº 10.282/94, combinadas com as da Circular CAGE nº 01/96, possibilitam a utilização de adiantamento para atender a despesas que não possam subordinar-se ao processo normal de realização da despesa pública. Os requisitos para o pagamento de diárias por adiantamento são os seguintes:

a) a solicitação do adiantamento será exclusiva para o pagamento de diárias, não se admitindo inclusão de outras despesas;
b) o responsável pelo adiantamento deverá informar, para cada pagamento de diária, o nome, a identidade funcional/matrícula e o CPF do servidor; o tipo de diária; o motivo da diária; o período de deslocamento; os municípios de origem e de destino do deslocamento; a quantidade de diárias e/ou de meias diárias, e o valor pago;
c) o responsável pelo adiantamento fica proibido de indenizar diárias em seu próprio benefício.

17.5.2 Modalidades de Diárias Quanto ao Valor

Quanto ao valor, as diárias podem ser classificadas segundo as seguintes modalidades:

Diária integral – O servidor fará jus à diária em seu valor integral, conforme Tabela de Diárias instituída em ato normativo, sempre que necessitar de pernoite quando do deslocamento temporário para fora da sede, em objeto de serviço.

Meia diária – Ocorre quando o servidor faz jus apenas à metade do valor da diária integral, cabendo o seu pagamento, dessa forma, nas situações enumeradas no artigo 7º do Decreto 24.846/76.

Um quarto (1/4) do valor da diária integral – É utilizada quando não for possível a comprovação da despesa com alimentação a ser ressarcida (em face de deslocamento para localidade distante até 50 km da sede, que não implica pernoite), por inexistência de estabelecimento habilitado para fornecimento de refeições e cuja situação é de conhecimento da chefia imediata.

Diária especial – É o valor estabelecido por ato do Chefe do Poder Executivo para viagens do servidor ao exterior.

17.5.3 Tabela de Pagamentos

Os valores das diárias concedidas aos servidores públicos do Poder Executivo são determinados de acordo com um valor básico, fixado em lei (Lei Estadual nº 14.018/12), sobre o qual são aplicados índices específicos, previstos em uma Tabela de Diárias (divulgada por Portaria da Secretaria da Fazenda – SEFAZ) e vinculados aos diferentes cargos e empregos existentes no Estado. Esse resultado correspondente aos cargos é multiplicado por diferentes coeficientes, que variam conforme os destinos do deslocamento e que são os seguintes:

- Capital do Estado – interior do Estado (1,80);
- Interior do Estado – capital do Estado (2,20);
- Interior do Estado – interior do Estado (1,80);
- Diárias para fora do Estado (3,00);
- Diárias para Brasília e para as cidades de São Paulo e Rio de Janeiro (4,40).

O resultado da multiplicação da diária básica por índices e coeficientes equivale à diária a ser indenizada. Para facilitar, o Poder Executivo tem divulgado o valor das diárias, relativo aos deslocamentos dentro e fora do Estado, em tabelas anexas a portarias da SEFAZ. Já, as diárias especiais são fixadas, para cada caso, por ato específico do Governador do Estado.

Por fim, esclareça-se que os demais Poderes, os órgãos autônomos e os quadros de carreiras que têm previsão de pagamento desta espécie de indenização em legislação própria serão aquelas nela estabelecidas.

17.6 RESSARCIMENTO DE DESPESAS COM ALIMENTAÇÃO

Quando o deslocamento ocorrer em distância inferior a 50 km da sede e não for necessário pernoite, o servidor não terá direito à diária, mas poderá ser ressarcido das despesas comprovadas com alimentação, limitadas, porém, a 50% do valor da diária. E, se não for possível a comprovação das despesas com alimentação, em face da inexistência de fornecedor de refeição no local do deslocamento, a chefia imediata poderá autorizar o pagamento de 25% do valor integral da diária ao servidor que tenha viajado a serviço. As requisições de pagamento do ressarcimento de despesas com alimentação deverão ser encaminhadas aos servidores detentores de adiantamento de numerário, respeitados os procedimentos de pagamento para essa modalidade.

17.7 PRESTAÇÃO DE CONTAS

17.7.1 Prazos

O processo de prestação de contas de diárias é regulado, no âmbito do Poder Executivo, pelo Decreto Estadual nº 35.693/94, devendo o servidor da Administração Direta, das Autarquias e das Fundações que receber diárias antecipadas prestar contas à autoridade requisitante, no prazo máximo de dez dias, contados da data do regresso, mesmo ocorrendo interrupção no deslocamento, sob pena de ser considerado em alcance. Já, no que tange à diária programada, o servidor que tiver realizado a prévia programação de todas as diárias previstas para o mês ficará obrigado a prestar contas em igual prazo, mas a partir do término do último deslocamento.

A prestação de contas de diárias concedidas a servidor será submetida à autoridade requisitante que, no prazo de dez dias, deverá encaminhá-la ao ordenador de despesa para homologação. Este, em caso de homologação, encaminhará essa informação, também no prazo máximo de dez dias, ao órgão contábil para proceder à baixa. Na hipótese de não homologação, no mesmo prazo (dez dias), deverá enviar ao órgão contábil a prestação de contas acompanhada de cópia do ofício de determinação do recolhimento dos valores glosados ou do seu desconto em folha de pagamento do servidor.

17.7.2 Formalização do Processo

A prestação de contas das diárias deverá ser formalizada em processo administrativo, que, ao final, ficará sob a guarda das Unidades de Finanças até a baixa da responsabilidade do ordenador de despesa perante o Tribunal de Contas do Estado – TCE.

Esse processo será instruído, consoante disposto no artigo 2º do Decreto Estadual nº 35.693/94, com os seguintes documentos:

a) requisição para concessão das diárias, contendo nome, identidade funcional/matrícula, cargo e/ou função do servidor, localidade de destino, período de afastamento, finalidade da viagem, número de diárias e de meias diárias e o seu custo total;
b) comprovante do deslocamento e do respectivo período, com apresentação de um dos seguintes documentos:

- notas fiscais referentes a despesas com alimentação e/ou hospedagem efetuadas no destino, identificadas com o nome do servidor;
- bilhetes de passagens aéreas (ida e volta) devidamente identificados com o nome do servidor;
- cópias de atas de reuniões realizadas no destino que identifiquem a participação do servidor;
- atestado de autoridade pública relacionada com o afastamento, confirmando a presença do servidor no local de destino;
- comprovantes de audiências, perícias ou diligências devidamente identificados;

c) comprovante de recolhimento de eventuais saldos não utilizados (diárias solicitadas e não utilizadas).

17.7.3 Pontos de Controle

No que se refere principalmente à documentação a ser apresentada na prestação de contas e à instrução do respectivo processo, cabe destacar os seguintes pontos passíveis de controle pelo gestor:

- Exigir a apresentação do *ticket* do *check-in* que comprova o efetivo embarque, quando a comprovação do deslocamento for unicamente por meio de bilhete de passagem aérea.

- Não aceitar, como comprovantes de despesa com alimentação e/ou hospedagem, as chamadas notas de despesa emitidas por alguns estabelecimentos comerciais, as quais geralmente não possuem numeração, nem indicam o CNPJ do estabelecimento.
- Verificar, para efetuar o pagamento de diária completa, restando comprovada a despesa com hospedagem, a hipótese de o servidor ter-se deslocado de sua sede no início da madrugada e, chegando ao destino, ter-se utilizado de acomodações de um hotel, retornando à sua sede no mesmo dia.
- Analisar os documentos que compõem a prestação de contas, atentando para sua veracidade e idoneidade. Em se tratando de nota fiscal, esta deverá seguir o modelo previsto na legislação fiscal reguladora do respectivo tributo, devendo ser exigida a primeira via, com informações mínimas, tais como a numeração, o CNPJ do estabelecimento, a data de emissão e a identificação do servidor.
- Verificar se as notas fiscais apresentadas na prestação de contas de diárias foram emitidas por estabelecimentos comerciais que desenvolvam atividades de alimentação e hospedagem.
- Utilizar o mesmo processo administrativo usado para a requisição de diárias e a sua correspondente prestação de contas, a fim de facilitar os mecanismos de controle interno e também racionalizar o trabalho e os custos administrativos.

17.8 SANÇÕES

Ressalte-se que o servidor, quando não efetuar no prazo fixado a prestação de contas das diárias recebidas, será considerado *em alcance*, não lhe sendo concedidas novas diárias enquanto permanecer nessa situação (§ 3º do artigo 1º do Decreto Estadual nº 35.693/94). Ademais, estará sujeito a ter de ressarcir o valor eventualmente glosado relativo às diárias percebidas, sendo admissível, inclusive, o desconto do respectivo valor em sua folha de pagamento. Nessa circunstância, cabe à autoridade requisitante das diárias determinar ou o recolhimento ou o desconto em folha dos valores glosados.

Registre-se que o ordenador de despesa, a autoridade requisitante e o servidor beneficiário da diária respondem solidariamente por atos praticados em desacordo com a legislação em vigor sobre indenizações de diárias (artigo 5º, do Decreto Estadual nº 35.693/94). E, ainda, sujeitar-se-á à punição disciplinar e à glosa o servidor que prolongar indevidamente sua permanência fora da sede para obter um número maior de diárias (artigo 3º, do Decreto Estadual nº 24.846/76).

17.9 PERGUNTAS E RESPOSTAS

1. O cupom fiscal pode ser utilizado como documento comprobatório do deslocamento do servidor que percebe diárias?

Embora não haja previsão expressa desse tipo de documento no Decreto Estadual nº 35.693/94, que trata da prestação de contas e homologação de diárias, entende-se que tal documento poderá ser admitido. Recomenda-se, contudo, por cautela, a exigência do atestado da autoridade pública relacionada com o afastamento, em consonância com o disposto no artigo 2º, § 2º, alínea "d", do referido decreto estadual (orientação contida na Informação CAGE/DEO nº 54/02).

2. É possível a concessão de diárias por um período superior a 30 dias?

Sim, é possível. O Decreto n° 49.820/12, ao dar nova redação ao *caput* do artigo 6° e revogar o seu § 1º, e a alínea "c" do artigo 7º do Decreto n° 24.846/76, estabeleceu que o servidor que se deslocar temporariamente da respectiva sede, em objeto de serviço, perceberá tão-somente diárias, independentemente se o período de afastamento da sede for superior a 30 dias ininterruptos.

3. É admissível o pagamento de diárias a uma pessoa que não detenha a condição de servidor público?

As diárias são devidas, nos termos da lei, somente aos servidores públicos e visam a indenizar as despesas com alimentação e pousada por ocasião de seus afastamentos temporários, em objeto de serviço. Todavia, quando previstas em norma específica ou em convênios, a entidade poderá pagar as despesas referentes à alimentação e/ou hospedagem de pessoas sem vínculo com a Administração Pública Estadual.

18. AJUDA DE CUSTO

Sumário: 18.1 Definição - **18.2** Legislação - **18.3** Requisitos para a Concessão e Vedações - **18.4** Valores Devidos - **18.5** Prestação de Contas - **18.6** Responsabilidades e Sanções - **18.7** Perguntas e Respostas.

18.1 DEFINIÇÃO

A ajuda de custo consiste em uma vantagem de natureza pecuniária e indenizatória, prevista em lei (artigos 89 e 90 da Lei Complementar Estadual nº 10.098/94) ou em estatuto específico de uma determinada carreira, destinada a compensar as despesas de instalação do servidor público que, no interesse do serviço, passe a ter exercício em nova sede, com mudança de domicílio em caráter permanente.

Será devida a concessão dessa vantagem indenizatória também para o servidor efetivo que for designado para o exercício de função gratificada ou nomeado para cargo em comissão, com mudança de domicílio. Além dessa parcela paga a título de ajuda de custo, cumpre esclarecer que correm por conta da Administração Pública as despesas de transporte do servidor e de sua família, compreendendo passagens, bagagens e bens pessoais.

18.2 LEGISLAÇÃO

- Lei Complementar Estadual nº 10.098, de 03 de fevereiro de 1994 (artigos 89 a 94)
- Decreto Estadual nº 24.846, de 1º de setembro de 1976 (artigos 1º a 4º)
- Decreto Estadual nº 37.130, de 30 de dezembro de 1996
- Decreto Estadual n° 49.820, de 13 de novembro de 2012

18.3 REQUISITOS PARA A CONCESSÃO E VEDAÇÕES

Os requisitos para a concessão de ajuda de custo e as vedações relativas a essa vantagem são, em síntese, os seguintes:

- a remoção do servidor para a nova sede somente poderá efetivar-se em conformidade com as suas atribuições e as atividades de caráter permanente do cargo;
- em caso de remoção de servidor que implicar o pagamento de ajuda de custo, será obrigatória a instauração de processo administrativo, no qual fique demonstrado o motivo da remoção e a necessidade ou não da mudança permanente de domicílio, com a devida autorização da autoridade máxima do órgão ou da entidade da sede atual;
- o pagamento da ajuda de custo dar-se-á antecipadamente à mudança de domicílio;
- o servidor deverá fazer prova da mudança de domicílio no prazo máximo de trinta dias, contados da data do pagamento, sob pena de restituição do valor recebido, devidamente atualizado;
- na remoção de servidor para Município limítrofe da sede atual, ou para região servida por transporte urbano regular, é vedado o pagamento de ajuda de custo quando não ficar demonstrada a necessidade de mudança de domicílio em caráter permanente;
- ao servidor que se afastar do cargo ou reassumi-lo em virtude de mandato eletivo, bem como em caso de remoções sucessivas e para desempenho de atividades temporárias, não será concedida ajuda de custo;
- no afastamento de servidor para exercício de cargo em comissão, em outro órgão ou entidade da União, do Distrito Federal, dos Estados ou dos Municípios, é vedado o pagamento de ajuda de custo.

18.4 VALORES DEVIDOS

Tendo em conta o disposto no artigo 91 da Lei Complementar Estadual nº 10.098/94, o valor da ajuda de custo é calculado sobre a remuneração do servidor, conforme disposto em Regulamento, não podendo exceder a importância correspondente a três meses da remuneração. Como regra e de acordo com o estabelecido no artigo 1º do Decreto Estadual nº 49.820, de 13 de novembro de 2012, que alterou o artigo 1° e o *caput* do artigo 6° do Decreto Estadual n° 24.846/76, o valor da ajuda de custo será correspondente a uma vez a remuneração do servidor correspondente ao mês do pagamento. Além disso, o valor e as demais condições de concessão da ajuda de custo para o servidor cuja carreira contenha a previsão de pagamento desta indenização em legislação própria serão aqueles nela estabelecidos. Há, ainda, um valor de ajuda de custo que é arbitrado pelo Chefe do Poder Executivo e que ocorre em caso de o servidor ser designado para missão ou estudo no exterior.

18.5 PRESTAÇÃO DE CONTAS

O servidor que receber ajuda de custo deverá, por meio de processo administrativo, prestar contas à sua chefia imediata no prazo de até 30 dias a contar da data do pagamento, a qual remeterá esse expediente, para fins de homologação, ao ordenador de despesa.

Na prestação de contas, o servidor deverá instruir o respectivo processo com a seguinte documentação:

- comprovantes da mudança permanente de domicílio, juntamente com os demonstrativos das despesas de transporte pagas pela Administração. São exemplos de comprovantes: contrato de locação de imóvel, documento comprobatório de aquisição de casa própria, notas fiscais de mudança onde conste o endereço completo e o nome do servidor;
- cópia do ato da remoção, devidamente publicado no Diário Oficial do Estado;
- atestado de exercício efetivo na nova sede;
- comprovante do novo endereço. Exemplos: conta de água, conta de luz, conta de telefone ou assinatura de periódicos.

No prazo de cinco dias, a contar do recebimento do processo de prestação de contas, o ordenador de despesa procederá à homologação, ou não, da prestação de contas, comunicando tal fato ao órgão contábil para fins de baixa, ou não, da responsabilidade funcional. O mencionado processo deverá permanecer à disposição do órgão de controle até a decisão do Tribunal de Contas sobre a tomada de contas do ordenador de despesa.

18.6 RESPONSABILIDADES E SANÇÕES

A autoridade responsável pela remoção – que implicar o pagamento de ajuda de custo –, o ordenador de despesa, bem como o servidor beneficiado respondem solidariamente pelos atos praticados em desacordo com as regras legais e normativas pertinentes à matéria e especificadas neste capítulo.

O ordenador de despesa é quem tem a responsabilidade de determinar o recolhimento ou o desconto em folha de pagamento do valor da ajuda de custo que tenha sido concedida indevidamente ao servidor, ou cuja documentação apresentada na prestação de contas não seja considerada em conformidade com a legislação reguladora, ou, ainda, nos casos em que o servidor não tenha efetuado a entrega da própria prestação de contas.

Na hipótese de o servidor não prestar contas no prazo estabelecido, ficará impossibilitado de perceber quaisquer valores de mesma natureza até a regularização da pendência, sujeitando-se, além disso, ao ressarcimento, inclusive mediante desconto em folha de pagamento, do valor recebido a título de ajuda de custo. Frise-se que o servidor fica obrigado a restituir o valor da ajuda de custo, devidamente atualizado, quando, injustificadamente, não se apresentar na nova sede, no prazo de 30 dias.

18.7 PERGUNTAS E RESPOSTAS

1. As despesas de transporte do servidor removido, no interesse do serviço, devem ser indenizadas pelo órgão ou pela entidade ou estão englobadas no valor pago a título de ajuda de custo?

Em consonância com o disposto nos artigos 90 da Lei Complementar Estadual nº 10.098/94 e 15 do Decreto Estadual nº 24.846/76, as despesas de transporte do servidor e de sua família, compreendendo passagens, bagagens e bens pessoais, deverão ser indenizadas pelo órgão ou pela entidade da sede atual, com base nos demonstrativos e nos comprovantes das referidas despesas pagas, não estando, portanto, englobadas no valor pago a título de ajuda de custo.

2. Para o pagamento da ajuda de custo, faz-se necessário que o servidor apresente comprovação de despesas realizadas com a sua mudança e instalação?

Levando em conta manifestações da Procuradoria-Geral do Estado – PGE (Pareceres nºs. 12.473 e 13.367) e da Contadoria e Auditoria-Geral do Estado – CAGE (Informação CAGE/DEO nº 13/03) e, ainda, considerando que a legislação (artigo 90 da Lei Complementar Estadual nº 10.098/94) não exige a comprovação de despesas com instalação na nova sede, sendo necessária apenas a prova da mudança de domicílio em caráter permanente, conclui-se que o pagamento da ajuda de custo independe da comprovação de despesa de mudança e instalação. É exigida do servidor, contudo, a prova de fixação no novo domicílio.

19. BENS PÚBLICOS

Sumário: 19.1 Definição e Classificação dos Bens Públicos - **19.2** Legislação - **19.3** Responsabilidade Patrimonial - **19.4** Registro dos Bens - **19.5** Incorporação de Bens - **19.5.1** Aquisição - **19.5.2** Doação - **19.5.3** Construção, Confecção ou Produção Própria - **19.5.4** Permuta - **19.5.5** Dação em Pagamento - **19.5.6** Adjudicação - **19.6** Baixa de Bens - **19.6.1** Baixa por Alienação - **19.6.2** Baixa por Falta de Utilidade - **19.6.3** Baixa por Perda - **19.7** Movimentação de Bens e Uso de Bens Particulares - **19.7.1** Transferências Internas - **19.7.2** Manutenção ou Conserto - **19.7.3** Cessão de Uso - **19.7.4** Uso de Bens Particulares - **19.8** Inventário - **19.8.1** Aspectos Gerais - **19.8.2** Ata de Inventário e Outros Documentos - **19.8.3** Inventário de Bens Móveis - **19.8.4** Inventário de Bens Imóveis - **19.8.5** Falta de Bens - **19.8.6** Avaliação do Bem a Ser Ressarcido - **19.9** Almoxarifado.

19.1 DEFINIÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DOS BENS PÚBLICOS

Bens públicos são aqueles considerados como bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados, ao Distrito Federal ou aos Municípios ou a outras entidades reconhecidas como de direito público.

Os bens públicos classificam-se em:

- **bens de uso comum do povo**, tais como os mares, os rios, as estradas, as ruas e as praças;
- **bens de uso especial**, tais como os edifícios ou os terrenos aplicados a serviço ou a estabelecimento federal, estadual ou municipal;
- **bens dominicais**, isto é, os que constituem o patrimônio da União, dos Estados, ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades.

Os bens públicos também podem ser classificados como Bens Patrimoniais Permanentes de Uso, os quais correspondem a todos aqueles bens móveis e imóveis que estão sob a guarda, o uso, a administração e a responsabilidade dos órgãos públicos para execução e manutenção de suas atividades.

Outra classificação usual diz respeito à diferenciação entre bens móveis e bens imóveis. Assim, consideram-se:

- **bens móveis**: todos aqueles bens e materiais permanentes com possibilidade de remoção por força alheia que, por suas características de funcionalidade, resistência e composição, apresentam condições de cumprirem vida de utilização presumível, em condições normais de operação, superior a dois anos. Exemplos: semoventes, móveis, equipamentos, máquinas etc.
- **bens imóveis**: o solo e tudo quanto a ele for incorporado em caráter permanente, assim como tudo quanto nele for mantido e intencionalmente empregado em sua exploração industrial, aformoseamento ou comodidade. Exemplos: edifícios, terrenos etc.

19.2 LEGISLAÇÃO

- Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964
- Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993
- Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil Brasileiro
- Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967
- Lei Complementar Estadual nº 9.752, de 10 de novembro de 1992
- Lei Complementar Estadual nº 13.451, de 26 de abril de 2010
- Decreto Estadual nº 35.928, de 12 de abril de 1995
- Decreto Estadual nº 38.878, de 18 de setembro de 1998
- Decreto Estadual nº 47.571, de 17 de novembro de 2010
- Decreto Estadual nº 49.852, 21 de novembro de 2012
- Ordem de Serviço do Governador do Estado nº 09/1995-1998

- Ordem de Serviço do Governador do Estado nº 27/1999-2002
- Instrução Normativa CAGE nº 01/1995
- Instrução Normativa CAGE nº 06/1998
- Instrução Normativa CAGE n° 02/2012
- Resolução do Tribunal de Contas do Estado – TCE nº 544/2000.

19.3 RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

Conforme disposto no artigo 3º da Instrução Normativa CAGE nº 06/98, a responsabilidade pela guarda e pelo uso dos bens móveis existentes nas unidades administrativas deverá ser atribuída, pelo gestor do órgão ou da entidade, aos titulares de chefias e respectivos substitutos de cada uma dessas referidas unidades. Essa responsabilidade também poderá ser conferida a outro determinado agente, quanto aos bens que utilizar em caráter exclusivo. Independentemente disso, contudo, o gestor permanece como o principal responsável pela administração, pelo controle, pela manutenção e pela guarda dos bens do ente público, devendo adotar todas as medidas cabíveis com vistas a preservar a integridade do patrimônio público.

A citada atribuição de responsabilidade concretiza-se, previamente, mediante a realização de inventário, conferido e reconhecido como exato pelo agente responsável pela guarda e pela conservação dos bens, o qual firmará documento denominado de Termo de Responsabilidade. Esse termo deverá conter, no mínimo, os elementos descritos no artigo 4º da IN CAGE nº 06/98, sendo emitido e assinado em duas vias, as quais serão arquivadas na unidade administrativa e na unidade de controle patrimonial.

Ressalte-se que a exoneração de responsabilidade do agente público pelo desaparecimento de bens móveis, qualquer que seja o motivo, dependerá de rigorosa apuração do fato, onde reste evidenciada, em processo administrativo, a ausência de sua culpabilidade (dolo ou culpa) pela ocorrência da perda patrimonial, devendo ser avaliado se o agente adotou os meios adequados no recebimento, na guarda, na conservação ou na entrega dos bens a ele confiados.

Os bens móveis ficarão sob a responsabilidade geral do ordenador de despesa do órgão ou da entidade, tendo em vista que é ele quem responde por isso perante o Tribunal de Contas do Estado – TCE, quando do julgamento de sua tomada de contas do exercício. Tal responsabilidade independe das delegações outorgadas a outros servidores, razão pela qual caberá ao referido gestor adotar as devidas providências administrativas no sentido de garantir o controle patrimonial, dentre as quais, citam-se:

- delegar, sempre que necessário, competência a outros servidores, como corresponsáveis patrimoniais, para auxiliá-lo no controle e na supervisão do uso, da guarda e da administração dos bens móveis;
- determinar a todos os servidores que têm a responsabilidade pela guarda dos bens móveis que informem ao responsável pelo setor de controle e movimentação patrimonial qualquer evento que resulte em alterações no registro desses bens (transferência, falta, transferência de carga patrimonial, doação etc.), assim como a existência de bens ociosos ou inservíveis dentre os submetidos à sua carga;
- ordenar a todos os servidores responsáveis por bens móveis que assinem os termos de responsabilidade e de transferência de carga patrimonial;
- determinar a realização de inventários periódicos;
- providenciar todas as medidas administrativas necessárias para que sejam assegurados o controle, a guarda e a conservação dos bens do ente público.

19.4 REGISTRO DOS BENS

O sistema de controle patrimonial do ente público deverá possibilitar o registro analítico de todos os bens de caráter permanente, indicando os elementos necessários para a perfeita caracterização e localização de cada um deles, bem como garantindo a identificação do agente responsável por sua guarda. Atente-se para o fato de que todo e qualquer evento que resultar em incorporação, transferência, alienação ou perda de bem móvel, ou implicar a alteração do responsável pela sua guarda, deverá ser objeto de registro imediato no sistema de controle patrimonial.

Na prática, **o registro dos bens móveis** é realizado por intermédio do tombamento e do cadastramento. No tombamento, esses bens devem ser identificados por um código gravado em chapas metálicas ou por outros meios não removíveis facilmente, que servirão para controle posteriormente. Aqueles bens móveis em

que não for possível fazer tal identificação, em função de suas características peculiares, deverão, ainda assim, ser identificados, usando-se, para tanto, uma outra forma. Uma vez tombados, esses bens devem ser cadastrados em formulário próprio, que contém todas as suas características, o que torna possível identificá-los. Esse formulário ou ficha de identificação e registro poderá ser substituído por relatórios de processamento automático de dados, que contenham o código, a natureza, a descrição, o documento de registro, o valor, a localização e as anotações sobre a sua movimentação.

O setor contábil, além do setor de controle patrimonial, deve ser obrigatoriamente informado sobre todas as aquisições, cessões, permutas, alienações, baixas, reavaliações ou quaisquer alterações havidas em relação aos bens móveis.

Por outro lado, **o registro dos bens imóveis** do Estado é realizado pelo Departamento de Administração do Patrimônio, da Secretaria da Administração e dos Recursos Humanos, independentemente do órgão que os utiliza ou da sua destinação.

Todas as transformações (aumentos, diminuições, etc.) ocorridas nos imóveis devem ser oportunamente registradas tanto no Cartório de Registro de Imóveis quanto no sistema de controle patrimonial e na contabilidade. E, no caso de reavaliações dos imóveis, estas também devem ser objeto de registro no controle patrimonial e na contabilidade, condicionando-o, porém, à prévia elaboração de laudos.

Ainda para fins de registro, os órgãos e as entidades deverão informar todos os imóveis a eles destinados ou de sua propriedade que estão sendo utilizados por terceiros, descrevendo a destinação dada.

19.5 INCORPORAÇÃO DE BENS

É o processo de ingresso físico de um bem móvel ou imóvel no acervo patrimonial do Estado, mediante aquisição, doação, construção, confecção ou produção própria, permuta, dação em pagamento ou adjudicação.

19.5.1 Aquisição

Na aquisição de bens móveis, a incorporação é realizada no momento em que o bem é entregue no setor de controle e movimentação patrimonial do órgão; já, em se tratando de bens imóveis, realiza-se com base na celebração de escritura pública, devidamente formalizada e registrada em Cartório de Registro de Imóveis.

Como regra, devem ser observados os seguintes procedimentos quando da aquisição de bens:

Requisição – Todas as compras devem ser efetuadas mediante requisições devidamente formalizadas, que contenham a descrição detalhada dos bens a serem adquiridos e a assinatura da autoridade requisitante competente.

Licitação – Previamente à aquisição, deve ser procedida a licitação, visando a selecionar a proposta mais vantajosa à Administração Pública e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, ou formalizada a sua dispensa ou inexigibilidade, de acordo com a legislação vigente e nos casos nela previstos (artigos 24 a 26 da Lei Federal nº 8.666/93).

Contrato – O instrumento de contrato deve ser formalizado nos casos em que a legislação assim o exigir (Lei Federal nº 8.666/93).

Gravame da despesa , A despesa deve ser previamente empenhada, nos termos da Lei Federal nº 4.320/64, com emissão da nota de empenho correspondente, que deverá ser entregue ao fornecedor.

Recebimento do bem – Os bens móveis adquiridos devem ser recebidos no setor de controle e movimentação patrimonial, ocasião em que se efetuará a conferência do que está sendo entregue com as especificações da requisição. Essa fase é essencial para a liquidação da despesa, a qual deve ser procedida pelo órgão de contabilidade à vista da documentação pertinente, devendo ser verificado, inclusive, se as especificações constantes na nota fiscal coincidem com as da nota de empenho e do edital de licitação, quando for o caso.

O processo de liquidação da despesa deverá estar acompanhado, além de documentos comprobatórios do respectivo crédito, dos documentos de tombamento e cadastramento, que comprovem que o bem está incluído no sistema de controle patrimonial do órgão, e do Termo de Responsabilidade Patrimonial, o qual identificará o departamento e o nome da pessoa que responderá imediatamente pelo controle do bem.

É necessário que o órgão tenha em sua estrutura administrativa um responsável pelo recebimento dos bens, independentemente do setor para o qual se destinam.

19.5.2 Doação

O processo administrativo de doação de bens ao ente público deverá ser formalizado com o respectivo Termo de Doação (por escritura pública ou particular), com a manifestação do ordenador de despesa de que aceita o bem doado, bem como deverá conter a nota fiscal ou outro documento equivalente com a descrição e o valor estimado do bem objeto da doação.

19.5.3 Construção, Confecção ou Produção Própria

Nos casos em que os bens tenham sido construídos, confeccionados ou produzidos no próprio órgão, deverá haver indicação precisa de suas características e de seu valor, por intermédio da apropriação dos custos incorridos em sua elaboração, apurando-se, assim, o valor final do bem, para fins de registro patrimonial e contábil.

19.5.4 Permuta

A permuta consiste no recebimento de bens, públicos ou particulares, em troca de outros da mesma espécie ou de espécie diferente. A permuta de bem público necessita de avaliação prévia, nos termos do artigo 17 da Lei Federal nº 8.666/93.

19.5.5 Dação em Pagamento

A chamada dação em pagamento corresponde ao recebimento de bens para pagamento de débitos constituídos ou inscritos em Dívida Ativa. Nesse caso, é necessária a avaliação do bem a ser entregue para a quitação da dívida junto ao ente público.

19.5.6 Adjudicação

Existe também a hipótese de incorporação por adjudicação de bens que foram penhorados em decorrência de processos de cobrança judicial de créditos do ente público, em que este aceita recebê-los como forma de quitação de tais créditos.

19.6 BAIXA DE BENS

É o processo de exclusão do bem do acervo patrimonial do Estado, por alienação ou por perda ou, ainda, em decorrência da falta de utilidade do bem.

19.6.1 Baixa por Alienação

A alienação dos bens públicos pode ocorrer sob diversas formas, tais como: venda, doação, permuta, dação em pagamento, desapropriação e investidura.

Venda – Quando o ente público quer se desfazer de determinado bem, do qual não necessita mais, pode fazê-lo por meio de venda. Para a concretização da venda do bem público, exige-se a devida permissão da autoridade competente, com a expressa justificativa da necessidade da alienação e da forma escolhida (venda), a avaliação prévia do bem, a realização de licitação e o interesse público também devidamente justificado.

Em se tratando de venda de bem de uso comum do povo ou de uso especial, haverá a necessidade de desafetação legal, que poderá constar da mesma norma legal que autorize a alienação. Se forem bens imóveis pertencentes a órgãos da Administração Direta e a entidades autárquicas e fundacionais, a venda dependerá sempre de autorização legislativa.

A autorização de venda de bens móveis compete ao ordenador de despesa principal do órgão ou da entidade, não sendo necessária a autorização legislativa. Configura-se dispensável a licitação nos casos de venda de bens móveis produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em

virtude de suas finalidades, e nos casos de venda de bens imóveis a outro órgão da Administração. Também é dispensada a licitação nos casos de venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, e de títulos do Estado, bem como quando da venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe.

Doação – O processo de doação de bens pelo órgão deve ser formalizado por documentos relativos à doação (nota fiscal, fatura, declaração de aceitação da doação etc.). A doação necessita, para os bens móveis, de expressa permissão da autoridade competente e, para os bens imóveis, de autorização legal, além da avaliação prévia e do interesse público justificado.

É dispensável a licitação nas doações de bens móveis, as quais são permitidas exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência socioeconômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação.

Permuta – Corresponde à transferência de bens públicos, em troca de outros, públicos ou particulares, da mesma espécie ou de espécie diferente.

A permuta de bem público imóvel necessita de interesse público justificado, autorização legal e avaliação prévia, bem como de licitação, a qual poderá ser dispensada (artigo 17, I, "c", da Lei Federal nº 8.666/93), desde que seja por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do artigo 24 da referida Lei Federal nº 8.666/93.

Já, a permuta de bens móveis depende apenas de avaliação prévia e de licitação, sendo esta, porém, dispensada, nos termos do artigo 17, II, "b", da Lei Federal nº 8.666/93, no caso de permuta exclusivamente entre órgãos e entidades da Administração Pública. Tal dispositivo, contudo, no tocante à exclusividade, encontra-se suspenso liminarmente pelo Supremo Tribunal Federal – STF, em razão de Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 927.

Dação em pagamento – A baixa por dação em pagamento constitui-se na transferência de bens para pagamentos de débitos do ente público. Nesse caso, é necessário interesse público justificável, autorização legal e avaliação do bem imóvel a ser dado em pagamento, sendo dispensável a licitação quando a Administração se libera da dívida por meio da transferência do domínio de um imóvel.

Desapropriação – Consubstancia-se na transferência compulsória de bens para a União, os Estados ou os Municípios, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, mediante prévia e justa indenização.

Investidura – Representa a alienação aos proprietários de imóveis lindeiros de área remanescente ou resultante de obra pública, área esta que se torna inaproveitável isoladamente. Para a investidura, são necessárias a autorização legal e a avaliação do bem, sendo a licitação dispensável.

Concessão de domínio – É empregada nas concessões de terras devolutas (terras de domínio público, que não estão sendo utilizadas pelo Poder Público, nem destinadas a fins administrativos específicos) da União, dos Estados e dos Municípios. Tais concessões não passam de vendas ou doações dessas terras públicas, sempre precedidas de leis autorizadoras e avaliação das glebas a serem concedidas a título oneroso ou gratuito.

Quando feita de uma entidade estatal para outra, a concessão de domínio formaliza-se por lei e independe de transcrição. Quando feita a particulares, exige termo administrativo ou escritura pública, e o título deve ser transcrito no registro de imóvel, para translação do domínio. A concessão de domínio não deve ser confundida com a concessão administrativa de uso de bem público, nem com a concessão de direito real de uso.

Concessão de direito real de uso – Consiste no contrato pelo qual a Administração transfere o uso remunerado ou gratuito de um terreno público a um particular para que dele se utilize em fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo ou qualquer outra exploração de interesse social.

A concessão de direito real de uso é transferível a título gratuito ou remunerado, com a diferença de que o imóvel será revertido à Administração concedente se o concessionário ou seus sucessores não lhe derem o uso prometido, ou o desviarem de sua finalidade contratual. Esta concessão pode ser outorgada por escritura pública ou termo administrativo, cujo instrumento ficará sujeito à inscrição em livro próprio do registro imobiliário competente. A partir da inscrição, o concessionário fruirá plenamente o terreno para fins estabelecidos no contrato e responderá por todos os encargos civis, administrativos e tributários que venham a incidir sobre o imóvel e suas rendas.

A concessão de direito real de uso, tal como ocorre com a concessão comum, depende de autorização legislativa e de concorrência, admitindo-se a dispensa desta, conforme artigo 17, I, "f", da Lei Federal nº 8.666/93.

19.6.2 Baixa por Falta de Utilidade

A baixa por falta de utilidade ocorre quando os bens não possuem mais utilidade para o órgão, em decorrência de se tornarem obsoletos, antieconômicos ou inservíveis.

Um bem se torna obsoleto quando, embora em perfeitas condições de uso, não estiver sendo utilizado por estar ultrapassado; antieconômico quando sua manutenção e/ou recuperação for onerosa ou seu rendimento precário, em virtude de uso prolongado ou desgaste prematuro, e inservível quando não mais puder ser utilizado para o fim a que se destina, em razão de inviabilidade de recuperação, obsolescência ou risco de perecimento.

Para se processar a baixa do bem, o responsável pelo patrimônio deverá requerer ao titular do órgão autorização nesse sentido, mediante processo administrativo. Para isso, deve o ordenador de despesa deliberar sobre a destinação do bem, determinando, conforme o caso, o seu recolhimento à Central de Licitações para leilão ou redistribuição a outro órgão ou entidade.

Nesta modalidade de baixa, deve ser observado o disposto na legislação estadual, em especial o estabelecido no Decreto Estadual nº 38.878/98 e no Decreto Estadual nº 43.954/05, relativamente aos procedimentos que tratam de bens inservíveis e seu encaminhamento para a Central de Licitações ou Compras do Estado.

19.6.3 Baixa por Perda

A baixa por perda consiste no procedimento de formalização da baixa de um bem que, de fato, não existe mais fisicamente, por ter sido objeto de eventos que implicaram a sua destruição ou perda total, tais como roubo, furto, acidentes, sinistros e destruição. Ao ocorrer o desaparecimento de um bem patrimonial, total ou parcial, por um desses fatores, cabe ao servidor comunicar o fato, imediatamente, ao responsável patrimonial, que o levará ao conhecimento do titular do órgão, o qual deverá providenciar, conforme o caso, a instauração de sindicância para apuração dos prejuízos e dos responsáveis.

Como mencionado anteriormente, a exoneração de responsabilidade do agente público, em decorrência da falta, da deterioração ou da diminuição de bens públicos, por caso fortuito, força maior ou perecimento, verificar-se-á mediante prova rigorosa do fato, resultando na convicção da inimputabilidade ao agente, por dolo ou culpa, mesmo leve, oriunda de negligência ou descuido, em vista de ter usado de todos os meios adequados no recebimento, na guarda, na conservação ou na entrega dos bens a ele confiados.

Na hipótese de ser apurada e verificada a responsabilidade do servidor, deverá ser procedido o integral ressarcimento do bem, que corresponde à sua reposição ou à importância equivalente aos preços de mercado, à época do efetivo recolhimento, levando-se em consideração o seu estado de conservação.

Independentemente do processo de apuração de responsabilidade sobre a perda do bem, a sua baixa deverá ser devidamente autorizada e processada, sendo esse processo remetido aos responsáveis pelos setores de controle contábil e de controle de movimentação patrimonial para que sejam efetivados os devidos registros. As informações relativas às providências adotadas para esclarecimento das situações de baixa de bens por perda deverão ser mencionadas na tomada de contas dos ordenadores de despesa, para fins de julgamento pelo Tribunal de Contas do Estado.

19.7 MOVIMENTAÇÃO DE BENS E USO DE BENS PARTICULARES

A movimentação de bens consiste no procedimento em que ocorre um mero deslocamento físico do bem, em regra, no âmbito interno do órgão ou da entidade, sem caracterizar a hipótese de alienação, incorporação ou perda. São as chamadas transferências internas de bens.

Há casos de movimentação, porém, em que o bem é deslocado fisicamente para local externo, como acontece, por exemplo, quando ele é enviado para conserto ou manutenção. Outros exemplos são a cessão do bem para uso de outro órgão ou entidade, por prazo determinado, e, cabe destacar, a hipótese de uso de bens de particulares.

Assim, em síntese, existem as seguintes situações de movimentação de bens: transferências internas, manutenção ou conserto, cessão de uso e uso de bens particulares.

19.7.1 Transferências Internas

É todo e qualquer deslocamento físico de um bem móvel, de um local para outro, no âmbito do próprio órgão, em caráter permanente ou provisório, e que deverá ser processado de forma descentralizada por local e por ordem do responsável.

19.7.2 Manutenção ou Conserto

Compreende o procedimento de remessa de um bem para um local diverso daquele de sua localização, em virtude da necessidade de serem adotados procedimentos relacionados à sua manutenção ou ao seu conserto.

19.7.3 Cessão de Uso

Ocorre quando um bem é cedido para uso de outro órgão ou entidade, por prazo determinado e mediante celebração do respectivo Termo de Cessão de Uso. O referido bem, ainda que não esteja sendo utilizado pelo órgão de origem (proprietário), deverá ser objeto de identificação da sua localização e do agente responsável por sua guarda, havendo, pois, a necessidade de manutenção do seu controle junto ao órgão cedente do bem.

19.7.4 Uso de Bens Particulares

O uso de bens particulares nas repartições públicas, ou seja, nas dependências dos respectivos órgãos, poderá ser autorizado, em caráter excepcional, quando for conveniente e houver absoluta necessidade de serviço. Nesses casos, seu proprietário deverá fazer uma "declaração de propriedade" assinada por duas testemunhas, que estejam lotadas no setor em que ocorrerá o uso, anexando, se for possível, a respectiva nota fiscal comprobatória da procedência do bem.

19.8 INVENTÁRIO

19.8.1 Aspectos Gerais

O inventário dos bens públicos tem a finalidade precípua de apurar a sua efetiva existência física e os respectivos valores monetários, abrangendo todos os setores do órgão ou da entidade, inclusive o almoxarifado, os depósitos de materiais, as oficinas e similares, assim como todos os locais em que existam bens móveis ou imóveis. O levantamento físico-financeiro dos bens deverá ser realizado pelo menos uma vez a cada ano, cuja data é definida pela Contadoria e Auditoria-Geral do Estado – CAGE, sendo divulgada no Diário Oficial do Estado, nos termos da Instrução Normativa CAGE nº 01/95.

Também caberá a sua realização no início e no término das gestões, ou seja, quando da substituição dos respectivos titulares das unidades administrativas. Excepcionalmente, poder-se-á instaurar o inventário em datas diferentes, em decorrência, por exemplo, da realização de auditorias especiais ou por força de sindicâncias. Ressalte-se que o levantamento físico-financeiro dos bens móveis e imóveis deverá ser elaborado por uma comissão composta de, no mínimo, três servidores estranhos ao setor inventariado, nomeados pelo dirigente máximo do órgão antes do início do levantamento. O referido inventário deverá ser acompanhado pelo titular ou pelo substituto da respectiva unidade administrativa. Quando, contudo, por motivo de força maior, for impossível ao responsável ou ao seu substituto legal acompanhar a realização do levantamento físico, essa deverá ser feita à sua revelia, mencionando-se o ocorrido em ata.

Registre-se que os procedimentos de inventário dos órgãos da Administração Pública Direta, das Autarquias e das Fundações são estabelecidos pela Contadoria e Auditoria-Geral do Estado – CAGE, em consonância com o previsto na Instrução Normativa CAGE nº 01/95.

19.8.2 Ata de Inventário e Outros Documentos

Ao final do levantamento físico-financeiro (inventário), deverá ser elaborada uma ata, na qual serão anotadas e descritas quaisquer divergências entre as quantidades físicas contadas (identificadas) com as quantidades registradas no sistema de controle patrimonial do órgão ou da entidade, bem como todas as demais ocorrências que forem julgadas relevantes. Os originais das atas, devidamente assinadas, os atos designatórios dos membros da Comissão de Inventário, os formulários e demais documentos utilizados pela comissão deverão ser arquivados nos respectivos setores responsáveis pela guarda dos bens do almoxarifado ou pelo controle dos bens móveis ou imóveis.

As cópias das atas de inventário e dos atos designatórios, devidamente autenticadas pelo Presidente da comissão, deverão ser enviadas à seccional da CAGE (Administração Direta) ou ao setor contábil (Administração Indireta) e ao setor responsável pelo controle patrimonial, bem como ao respectivo ordenador de despesa, o qual, no caso de constatadas divergências ou inconsistências, terá que adotar as devidas providências para apurar o ocorrido, informando-as em seu processo de tomada de contas anual junto ao Tribunal de Contas do Estado.

19.8.3 Inventário de Bens Móveis

O inventário físico-financeiro dos bens móveis deverá ser realizado em conformidade com as seguintes regras:

Descrição e localização dos bens – Deverá ser realizada a perfeita identificação dos bens, o que consiste na sua correta descrição, segundo a qualidade, a característica e a quantidade deles, devendo, no caso de bens móveis, serem eles identificados com o número da plaqueta de patrimônio, a designação dos setores onde se encontram, o seu estado de conservação (novo, usado, inservível etc.) e o seu respectivo valor. As faltas constatadas na contagem de um item não poderão, sob hipótese alguma, ser compensadas pelas sobras de outros; e essa contagem física deverá ser efetuada na sua totalidade e jamais por amostragem.

Também deverá ser elaborada a relação de bens do órgão em poder de terceiros e de bens de terceiros em poder do órgão, com indicação expressa da existência ou não do instrumento de cessão de uso desses bens.

Avaliação – Os bens deverão ser avaliados tendo como base o custo expresso na unidade monetária vigente no País, sendo registrados pelo seu valor de aquisição ou pelo custo de produção ou fabricação.

Mensuração – No inventário e nos registros patrimonial e contábil, a quantidade dos bens em peso, comprimento, área ou volume deverá ser expressa segundo o sistema métrico decimal. E, tanto no inventário como nos respectivos registros, nenhum bem poderá constar sem valor, por menor que seja, admitindo-se, no entanto, a avaliação por lotes de bens idênticos.

Ajustes – Os saldos contábeis apurados deverão ser ajustados pelas adições e exclusões, verificadas em balancete mensal, que ocorrerem até 31 de dezembro do ano corrente, a fim de que o saldo constante no Balanço Patrimonial expresse as reais e efetivas existências no encerramento do exercício financeiro do órgão ou da entidade.

19.8.4 Inventário de Bens Imóveis

No tocante aos órgãos da Administração Direta, o inventário dos bens imóveis deve ser promovido, anualmente, pelo Departamento de Administração do Patrimônio, vinculado à Secretaria da Administração e dos Recursos Humanos – SARH, em face do que dispõe o artigo 6º, inciso IV, alíneas "b", "c" e "e", do Decreto Estadual nº 35.923/95. No caso das entidades da Administração Indireta, em razão de sua autonomia administrativo-financeira, caberá ao setor responsável pelo controle patrimonial a realização do respectivo inventário.

19.8.5 Falta de Bens

Normalmente, nos inventários realizados anualmente, ao final de cada exercício financeiro, identifica-se a falta de alguns bens, que é apontada nas atas de inventário, cujas cópias serão, posteriormente, enca-

minhadas ao setor de Controle Patrimonial e ao ordenador de despesa do órgão ou da entidade. Ao tomar ciência do ocorrido, o gestor do órgão ou da entidade deverá adotar as devidas medidas administrativas com o objetivo de buscar a localização dos bens faltantes, que, muitas vezes, estão extraviados.

Caso não seja possível localizá-los, estar-se-á diante de uma hipótese de baixa de bens por perda ou desaparecimento, cuja efetivação somente poderá ser realizada mediante processo administrativo, no qual deverá constar necessariamente a autorização, para tanto, do ordenador de despesa, com a justificativa e a motivação da baixa. Concomitantemente, cabe ao gestor, conforme o caso, instaurar uma sindicância para apurar os prejuízos e as responsabilidades decorrentes da perda dos bens.

O processo de baixa do bem deverá mencionar o processo de sindicância instaurado, para que um procedimento seja adotado independentemente do resultado do outro, pois, neste caso, há duas situações distintas: uma, que é o registro patrimonial e contábil da perda do bem, visto que o bem não mais existe fisicamente, e a outra, que são os procedimentos administrativos de apuração do prejuízo e da responsabilidade pelo dano (sindicância) e de adoção de medidas para assegurar a reposição ou o ressarcimento do bem faltante, as quais (a apuração dos prejuízos e da responsabilidade e a adoção de medidas) precisam ser comprovadas, sob pena de responsabilização do ordenador de despesa por ato omissivo contrário ao interesse público.

Enfatize-se que, no processo de sindicância, devem ser arrolados os bens que desapareceram e os seus valores, para fins de reposição/ressarcimento, bem como devem ser identificados os responsáveis pelo ocorrido. Na hipótese de a sindicância não conseguir identificar os responsáveis, a responsabilidade pelo ocorrido poderá recair sobre os servidores detentores da carga patrimonial respectiva.

No processo de sindicância, também deverá ser investigado se houve descuido, por parte dos detentores da carga patrimonial, quanto à forma como receberam, guardaram e conservaram os respectivos bens. É importante que sejam verificados aspectos relacionados ao fácil acesso de terceiros ao local onde os bens eram conservados e guardados, durante e após o horário de expediente, para o efeito de aferir eventual falta de cuidado na sua guarda e conservação. Cumpre assinalar que a ausência de locais apropriados para guardar bens e o livre acesso a chaves de salas ou armários são exemplos bem claros da falta de cuidado na guarda dos bens móveis do ente público. Assim como a falta de conserto ou a exposição inadequada de bens a intempéries demonstra falta de conservação. E, ainda, quando o servidor detentor de carga patrimonial verificar falha na forma como os bens são conservados e guardados, ele deve deixar evidenciado esse fato por meio de comunicação escrita à autoridade (chefia) superior, para a adoção das providências cabíveis. Dessa forma, ficará caracterizada, em princípio, a exoneração de sua responsabilidade em caso de perda de bens, a qual será transferida à autoridade (chefia) superior em razão de sua, hipotética, omissão em adotar as medidas cabíveis para evitar a perda patrimonial.

Se, após todos esses exames, ficar caracterizado que os detentores das respectivas cargas patrimoniais adotaram todos os cuidados no recebimento, na guarda e na conservação dos bens e que suas chefias superiores também adotaram todos os procedimentos cabíveis e necessários, as suas responsabilidades poderão, em princípio, ser exoneradas e o prejuízo, assumido pelo Estado, caracterizando-se como situação de caso fortuito ou de força maior, o que deverá ser devidamente fundamentado e comprovado pelo ordenador de despesa em processo administrativo, sujeito, contudo, ao exame e parecer dos órgãos de controle interno e externo. Se, ao contrário, ficar evidenciado que não foram adotadas todas as providências pertinentes e recomendáveis, de forma tempestiva, contribuindo tal fato para a perda patrimonial, caberá o devido ressarcimento do bem pelos responsáveis indicados pela sindicância, ou pelos detentores da carga patrimonial, ou, ainda, pelo ordenador de despesa.

19.8.6 Avaliação do Bem a Ser Ressarcido

Posteriormente à identificação e à definição dos responsáveis pela perda de bens, faz-se necessário promover medidas administrativas que contemplem o exigido ressarcimento ou a reposição dos bens. A reposição ou o ressarcimento dos bens deverá ser efetuado, conforme determina a alínea "b" do artigo 106 da Resolução nº 544, de 21 de junho de 2000, do Tribunal de Contas do Estado, ou seja:

> Art. 106 – Para os efeitos do disposto no parágrafo único do artigo anterior, considera-se como integral o ressarcimento ao erário.
> (...)

> b) em se tratando de bens, a reposição dos mesmos ou da importância equivalente aos preços de mercado à época do efetivo recolhimento, levando-se em consideração o seu estado de conservação.

A reposição do bem constitui na sua substituição por outro bem, que poderá ser novo ou usado, porém deverá ter as mesmas especificações técnicas e condições de uso e conservação do bem que está sendo reposto. Para fins de cálculo da importância equivalente ao preço de mercado, este deverá ser obtido por meio de pesquisa de preços junto aos respectivos estabelecimentos que comercializam o bem similar ou equivalente. É recomendável que a pesquisa abranja, no mínimo, três estabelecimentos comerciais, sendo anexados no processo documentos que a comprovem. Restando acordado que o preço de mercado, para fins de ressarcimento, corresponderá à média dos preços praticados pelos estabelecimentos comerciais pesquisados.

Isso posto, deverão ser encaminhados os documentos pertinentes ao bem que está sendo objeto de reposição aos setores patrimonial e contábil, para os devidos registros. Ressalte-se que caberá ao ordenador de despesa mencionar tal fato na tomada de contas do exercício que será encaminhada ao Tribunal de Contas do Estado para julgamento, demonstrando que foram adotadas as medidas cabíveis em relação ao procedimento de reposição do bem desaparecido/faltante.

19.9 ALMOXARIFADO

Para fins contábeis e de levantamento do Balanço Patrimonial, a existência e a movimentação dos itens relacionados ao material de consumo devem ser objeto de registro e controle, mediante a observância das normas relativas a um adequado controle do almoxarifado. Dentre essas normas, destacam-se a que estabelece a obrigatoriedade da adoção, por parte do setor responsável pelo almoxarifado, de um rigoroso e efetivo controle físico e financeiro das quantidades adquiridas, existentes e consumidas, bem como a que se refere à devida e tempestiva contabilização da totalidade das movimentações ocorridas no almoxarifado, pois, só assim, será possível identificar divergências e eventuais desvios desses materiais passíveis de controle.

A movimentação dos materiais envolve, em suma, incorporações ou entradas, baixas ou saídas. Para escrituração analítica (física e financeira) da existência e da movimentação dos materiais, as unidades que têm sob sua responsabilidade a guarda dessa espécie de material devem manter registro nas fichas de movimento de material, informatizadas ou não, as quais consignarão, por espécie ou natureza do material, as respectivas existências e movimentações, bem como o seu valor.

A escrituração das fichas, em síntese, deve ser diária e em ordem cronológica das entradas e saídas, não podendo sofrer atraso na sua escrituração, nem conter emendas, rasuras ou ressalvas. Também deve ser ininterrupta, encerrando-se, porém, ao término de cada exercício financeiro e reiniciando-se no início do exercício seguinte para permitir o conhecimento dos saldos ao final de cada período anual.

Com relação à contabilização da entrada dos materiais, esta deverá ocorrer com base em documento declaratório do recebimento fornecido pelo setor de almoxarifado.

Conforme já mencionado, os procedimentos e as regras para a realização do inventário encontram-se previstos na Instrução Normativa CAGE nº 01/95. Acentue-se que, para efeitos de avaliação e demonstração dos saldos dos bens de almoxarifado e nos termos do artigo 106, inciso III, da Lei Federal nº 4.320/64, deverá ser observado o **preço médio ponderado**, o qual será apurado, após cada registro de entrada na ficha de movimentação de materiais, por intermédio da aplicação da seguinte fórmula:

$$Pm = \frac{V1 + V2}{Q1 + Q2}$$, onde:

Pm – é o preço médio;

V1 – é o valor monetário das existências antes do lançamento;

V2 – é o valor monetário da aquisição ou da entrada ocorrida;

Q1 – é a quantidade física existente antes do lançamento da entrada;

Q2 – é a quantidade física adquirida ou incorporada.

Enfatize-se, por fim, que o preço médio apurado, além de ser empregado para as baixas de materiais verificadas, servirá para a elaboração dos inventários de encerramento do exercício.

20. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Sumário: 20.1. Definição. **20.2.** Legislação. **20.3.** Tipo de Responsabilidade. **20.4.** Evolução Histórica. **20.4.1.** Irresponsabilidade do Estado - **20.4.2.** Teoria da Responsabilidade Subjetiva - **20.4.3.** Teoria da Responsabilidade Objetiva - **20.5.** Elementos ou Pressupostos da Responsabilidade Civil. **20.6.** Excludentes ou Atenuantes. **20.7.** Responsabilidade por Omissão. **20.8.** Sujeitos da Responsabilidade Civil. **20.9.** Indenização. **20.10.** Ação de Regresso. **20.11.** Responsabilidade – Funções do Estado. **20.12.** Pontos de Controle.

20.1 DEFINIÇÃO

A obrigação de indenizar os danos patrimoniais ou morais que seus agentes, no desempenho de suas funções, agindo em seu nome, venham a causar a terceiros é denominada responsabilidade civil do Estado. Segundo Maria Sylvia Di Pietro "corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos." (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 19. ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 618).

20.2 LEGISLAÇÃO

– Constituição Federal, artigo 5º, X e LXXV e artigo 37, § 6º;
– Código Civil, artigo 43.

20.3 TIPOS DE RESPONSABILIDADE

O fato causador de responsabilidade pode ter reflexos de natureza civil, administrativa e penal. O tipo de responsabilidade depende da natureza da norma jurídica infringida. Sendo assim, haverá responsabilidade civil quando for infringida uma norma de direito civil, administrativa quando violada uma norma de direito administrativo e, finalmente, responsabilidade penal quando transgredida uma norma penal.

20.4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

20.4.1 Irresponsabilidade do Estado

Inicialmente, vigorava a **teoria da irresponsabilidade estatal**. Ligada a regimes absolutistas, baseava-se na ideia de que o rei não podia errar ou causar mal, ficando marcada pelas frases "*the king can do no wrong*" e "*Le roi ne peut mal faire*". O Estado, personificado na figura do rei, não respondia pelos danos que viesse a causar a terceiros. Essa teoria não foi adotada pelo Brasil e encontra-se superada, haja vista a transformação do modelo de Estado absoluto no modelo de Estado de Direito.

20.4.2 Teoria da Responsabilidade Subjetiva

Posteriormente, sob a influência do Estado liberal, foi adotada a **teoria da responsabilidade subjetiva**. O Estado passa a responder mediante a comprovação de culpa, a qual poderia recair sobre o agente ou sobre o serviço. A culpa recaía sobre o agente quando as circunstâncias do fato possibilitavam a sua correta identificação. Caso contrário, incidia sobre o serviço, hipótese na qual ocorria a chamada culpa anônima.

A culpa pela prestação do serviço era identificada pela expressão francesa *faute du service*, traduzida como culpa ou falta do serviço. A culpa pela prestação do serviço ensejava a responsabilidade subjetiva do Estado quando o serviço não funcionava, funcionava mal ou funcionava atrasado.

20.4.3 Teoria da Responsabilidade Objetiva

Segundo a teoria da responsabilidade objetiva, o Estado responde pelos danos decorrentes da relação causa/efeito existente entre a conduta e as suas consequências. Diferencia-se substancialmente da teoria da responsabilidade subjetiva, pois não se perquire a culpa ou o dolo do agente causador, sendo suficiente para que surja o dever de indenizar a demonstração do nexo de causalidade entre conduta e resultado.

Segundo a doutrina, a teoria da responsabilidade objetiva do Estado desdobra-se nas teorias do risco administrativo e do risco integral.

Pela **teoria do risco administrativo,** o Estado tem a obrigação de indenizar o dano causado ao terceiro decorrente de sua atuação, independentemente de culpa do agente público, bastando que o terceiro prove o fato, o prejuízo e nexo de causalidade entre ambos. Essa teoria se caracteriza por admitir cláusulas excludentes da responsabilidade, podendo o Estado atenuar ou afastar a obrigação de indenizar se provar que o fato que deu origem ao dano ocorreu por culpa exclusiva da vítima, culpa de terceiro ou de caso fortuito ou de força maior.

A **teoria do risco integral** diferencia-se da anterior por não admitir cláusulas excludentes, não considerando, inclusive, a culpa da própria vítima. É a modalidade mais extremada de responsabilização e não se tem conhecimento que algum país a adote como regra de responsabilização.

20.5 ELEMENTOS OU PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

Para que se configure a responsabilidade objetiva, faz-se necessária a presença de certos elementos ou pressupostos, a saber:

Conduta: a conduta imputável ao Poder Público, considerando-se qualquer ato de agente de pessoa jurídica de direito público ou de pessoa jurídica de direito privado, prestadora de serviço público, independentemente de culpa ou dolo, salvo quando se tratar de responsabilidade por omissão.

Dano: o dano poderá ser material ou moral. Sem a existência do prejuízo, não há que se falar em responsabilidade.

Nexo causal (**ou relação de causalidade):** é o vínculo entre a conduta do agente e o resultado por ela produzido (o dano ao terceiro).

20.6 EXCLUDENTES OU ATENUANTES

Por adotar, como regra, a teoria da responsabilidade civil objetiva, admite-se a exclusão ou a atenuação do dever de indenizar do Estado quando restar demonstrada a ausência do nexo de causalidade entre a ação estatal e o resultado danoso.

São causas que excluem o nexo causal: i) o fato exclusivo da vítima ou de terceiro; ii) o caso fortuito ou força maior; e iii) as excludentes de ilicitude (estado de necessidade e legítima defesa). Essas circunstâncias impedem que se estabeleça nexo de causalidade entre a ação ou omissão do Estado e o dano.

A responsabilidade do Estado pode ser afastada por fato exclusivo da vítima ou de terceiro, pois se o fato é exclusivo da vítima ou de terceiro, não há conduta imputável ao Estado que tenha contribuído para a ocorrência do dano. Em ambos os casos, o agente estatal poderá servir como mero instrumento no cenário fático, sem que a sua ação tenha dado causa ao resultado.

Haverá situações nas quais a responsabilidade será repartida entre o Estado e a vítima, ocorrendo o que se denomina culpa concorrente. Nesse caso, a vítima contribui com a sua conduta para a ocorrência do resultado, não sendo possível imputá-lo exclusivamente ao Estado, inicialmente indicado como seu único causador.

O caso fortuito ou de força maior, segundo o parágrafo único do artigo 393 do Código Civil, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. O que importa verificar, portanto, é a existência de fato imprevisível ou inevitável. Fica afastada a responsabilidade do Estado em face da ausência

de nexo de causalidade, haja vista que o caso fortuito ou de força maior são acontecimentos afastados da conduta do agente.

20.7 RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO

Quando a atuação das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos causarem danos a terceiros, responderá o Estado de forma objetiva, não se investigando acerca do elemento subjetivo. Somente será possível afastar a responsabilidade civil do Estado quando demonstrada a inexistência de nexo causal entre a conduta do agente e o resultado danoso. Isso é o que se depreende do § 6º do artigo 37 da CF/88.

De outro lado, quando se alega que o dano decorreu de uma omissão estatal, prevalece entendimento diverso, ainda que exista doutrina respeitável em sentido contrário. Na responsabilidade por omissão, entende-se necessária a demonstração da culpa estatal (vide REsp 1.040.895-MG, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 1º/6/2010). Isso significa que, em termos práticos, para que surja ao Estado o dever de indenizar, será necessário demonstrar que a omissão causadora do dano se deu de forma intencional ou por negligência, imprudência ou imperícia dos agentes estatais. Não basta a simples omissão.

Advirta-se, porém, acerca da existência de precedentes do Supremo Tribunal Federal (vide RE 283989, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 28/05/2002, DJ 13-09-2002) indicando que, em casos excepcionais e graves, poderá haver a objetivação da responsabilidade por ato omissivo, a qual, em regra, será objetiva.

20.8 SUJEITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Três são os sujeitos que figuram na relação jurídica que envolve a responsabilidade civil da Administração Pública: o ente público ou o ente privado prestador de serviço público, o agente público e o terceiro lesado. São responsáveis pelos danos quaisquer das pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, e as fundações públicas de natureza autárquica) e determinadas pessoas jurídicas de direito privado (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas constituídas com personalidade de direito privado, que prestem serviços públicos), bem como as empresas prestadoras de serviços públicos em regime de concessão ou permissão.

Ao mencionar o termo "agente público", a CRFB/88 incluiu não apenas os servidores públicos, mas, segundo José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 481), "os agentes sem vínculo típico de trabalho, os agentes colaboradores sem remuneração, enfim todos aqueles que, de alguma forma, estejam juridicamente vinculados ao Estado". Em suma, agente público é uma expressão ampla que abrange os agentes políticos, os servidores públicos e os particulares em colaboração com o Estado.

O terceiro é aquele que sofreu o prejuízo resultante do ato praticado pelo agente estatal. No que tange às concessionárias ou permissionárias, a doutrina e jurisprudência são unânimes ao apontar que o ressarcimento é devido ao usuário do serviço público, mas havia divergência quanto ao não usuário. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 591.874-2, em 26 de agosto de 2009, entendeu que a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva, seja a lesão causada a usuários ou não usuários do serviço, modificando, assim, o entendimento anteriormente sustentado pela Corte.

20.9 INDENIZAÇÃO

O artigo 944 do Código Civil de 2002 positivou o princípio da reparação integral do dano, assegurando ao lesado que a indenização será calculada considerando a extensão dos prejuízos por ele sofridos. Assim, em consequência do ato do agente público, o Estado deve indenizar os danos causados a terceiros, reconstituindo-se integralmente o seu patrimônio.

Devem ser reparados os danos materiais e os danos morais, consoante prevê o inciso X do artigo 5º da CRFB/88, podendo haver a cumulação de ambos, conforme apregoa o enunciado da Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça.

20.10 AÇÃO DE REGRESSO

A ação de regresso é aquela em que o Estado busca no patrimônio do servidor causador do dano o valor que teve que indenizar ao terceiro lesado, ressarcindo o erário.

Nos termos do artigo 37, § 6º, da CRFB/88, exige-se, para que surja o direito de regresso, que o agente público tenha agido de forma dolosa ou, ao menos, tenha desempenhado suas atribuições de forma negligente, imprudente ou imperita. Uma vez verificado que a ação estatal decorreu de culpa *lato sensu*, é impositiva a propositura da ação regressiva, não sendo mera faculdade da autoridade responsável.

Desempenhar com zelo e presteza os encargos que lhe são incumbidos, dentro de suas atribuições, é dever do servidor, nos termos do artigo 177, inciso III, do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do RS. Sendo assim, o servidor que se conduza de acordo com as disposições estatutárias, terá diminuída a possibilidade de atuar de forma culposa, restando também reduzida a probabilidade de ver contra si ajuizada uma ação regressiva.

20.11 RESPONSABILIDADE – FUNÇÕES DO ESTADO

A responsabilidade civil do Estado decorre, em geral, do exercício da função administrativa, independentemente de qual dos poderes da República a esteja desempenhando. Porém, excepcionalmente, admite-se que haja responsabilização pelo exercício das funções legislativa e jurisdicional. Os atos dos Poderes Legislativo e Judiciário, quando no exercício da função administrativa, sujeitam-se normalmente à regra geral da responsabilidade objetiva do Estado.

20.12 PONTOS DE CONTROLE

O Gestor deverá apurar a conduta do agente e, em caso de culpa ou dolo, cobrar administrativa ou judicialmente o valor e, em caso de não pagamento, providenciar a inscrição em dívida ativa, sob pena de ser responsabilizado por essas omissões. O gestor deve ficar atento, também, quanto ao prazo para cobrança, para evitar que ocorra a prescrição da dívida, matéria esta tratada em capítulo específico deste Manual.

21. PRESCRIÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Sumário: 21.1. Definição e Considerações Gerais. **21.2.** Legislação. **21.3.** Prescrição na Administração Pública Direta e Indireta. **21.4.** Suspensão e interrupção da prescrição. **21.5.** Prescrição do direito da Administração Pública. **21.5.1.** Créditos Não-Tributários. **21.5.2.** Ressarcimento de danos causados ao erário. **21.5.3.** Sanções disciplinares aos servidores. **21.5.4.** Anulação/revogação dos atos administrativos que produziram efeitos favoráveis aos administrados. **21.5.5** Créditos tributários **21.6.** Prescrição do direito do Administrado. **21.6.1.** Regra geral. **21.6.2.** Ações Indenizatórias Contra a Administração Pública.

21.1 DEFINIÇÃO E CONSIDERAÇÕES GERAIS

A decadência e a prescrição existem em razão do interesse social em que as relações jurídicas não permaneçam indefinidamente incertas. A incerteza atenta contra o princípio da segurança jurídica, do qual não se pode prescindir no Estado Democrático de Direito.

Conceitualmente, pode-se dizer que a prescrição é a perda do direito de ação para a proteção de um direito em razão da inércia do seu titular durante um determinado espaço de tempo, perda essa que alcança também a possibilidade de sua alegação como matéria de defesa. A decadência, por sua vez, é o prazo fixado para o exercício do direito por parte de seu titular. Diversamente da prescrição, que fulmina o direito de ação, a decadência resulta na perda do próprio direito.

A prescrição e a decadência, ainda que decorrentes do princípio da segurança jurídica, apresentam distinções que merecem ser referidas. No que diz respeito à natureza do direito, a prescrição supõe um direito nascido e efetivo, mas cuja possibilidade de ação não mais existe pela inércia do seu titular. De outro lado, o decurso do prazo decadencial fulmina o próprio direito que não se tornou efetivo pela falta de exercício. Além disso, a contagem do prazo prescricional somente se inicia quando o direito é violado, ao passo que o prazo decadencial começa a partir do momento em que o direito nasce. O prazo prescricional estará sempre previsto na lei, enquanto que os prazos decadenciais podem ser encontrados na lei e fixados pela vontade das partes.

21.2 LEGISLAÇÃO

- Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 37, § 5º
- Código Civil, artigos 189 a 211
- Código Tributário Nacional, artigos 173 e 174
- Lei nº 9.784/99, artigo 54
- Lei nº 8.429/92, artigo 23
- Decreto-lei nº 4.597/42
- Decreto nº 20.910/32
- Lei Complementar Estadual nº 10.098/94, artigo 197

21.3 PRESCRIÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA

A Administração Pública pode desempenhar as suas funções de forma centralizada e descentralizada, o que dá origem à Administração Pública direta e indireta. Sobre o tema, deve-se consultar capítulo específico do presente Manual, evitando-se, assim, desnecessária repetição.

A Administração Pública indireta é formada por pessoas jurídicas regidas pelo direito público e por pessoas jurídicas regidas pelo direito privado. Essa distinção é essencial para a definição do prazo prescricio-

nal a ser observado. Às pessoas jurídicas de direito privado que compõem a Administração Pública indireta aplicam-se as disposições do Código Civil. De outro lado, às pessoas jurídicas da Administração Pública direta e as pessoas jurídicas da Administração Pública indireta regidas pelo direito público terão uma disciplina específica, a qual é o objeto do presente capítulo.

21.4 SUSPENSÃO E INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO

A suspensão e a interrupção são situações que alteram o fluxo do prazo prescricional. Em síntese, ocorrendo alguma causa de suspensão do prazo prescricional, o curso da contagem fica temporariamente paralisado, voltando a correr pelo tempo restante quando cessada a causa suspensiva. De outro lado, ocorrendo uma causa interruptiva, além da ausência de contagem do prazo durante a sua manutenção, o reinício desprezará o tempo até então verificado, recomeçando pela sua integralidade, ressalvados os casos previstos em lei específica, como ocorre com o Decreto Federal nº 20.910/32. Tal regra legal prevê que, uma vez interrompida a prescrição que favorece a Fazenda Pública, o prazo recomeça a contar ao interessado pela metade, e não integralmente como se dá nos casos de prescrição ordinária. No entanto, a regra da nova contagem pela metade deve ser adequadamente interpretada, observados para tanto os ditames do enunciado da Súmula 383 do STF.

Exemplo de causa suspensiva do prazo prescricional encontra-se no artigo 4º do Decreto nº 20.910/32, segundo o qual não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, no reconhecimento ou no pagamento da divida, considerada liquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la. Nesta hipótese, a suspensão da prescrição ocorre com a entrada do requerimento do titular do direito ou do credor nos livros ou protocolos das repartições publicas, com designação do dia, mês e ano. Como exemplo de interrupção, que com o advento do Código Civil de 2002 somente podem ocorrer uma única vez (artigo 202), tem-se a prática de qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

21.5 PRESCRIÇÃO DO DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

21.5.1 Créditos Não Tributários

A necessidade de segurança nas relações jurídicas é o fundamento constitucional para que se conclua que as ações da Fazenda Pública em face do particular também estão sujeitas a prazo prescricional. No entanto, não há referência legal ao prazo prescricional aplicável às dividas ativas da Administração quanto aos créditos não-tributários, na medida em que o Decreto nº 20.910/32 se refere apenas à cobrança das dívidas passivas.

Diante da ausência de norma regulamentadora, duas soluções se mostram possíveis. A primeira indica que a prescrição das ações da Fazenda Pública contra o particular deve ser regulada pelo Código Civil, respeitada a natureza do ato ou contrato, ainda que a relação jurídica esteja submetida às regras de direito público, pois se trata de norma geral aplicável também à Administração Pública na ausência de legislação específica. Nesse caso, a prescrição ocorrerá após o decurso de dez anos, nos termos do artigo 205 do Código Civil. Esse entendimento foi manifestado pela Procuradoria-Geral do Estado através do Parecer nº 14.037, aprovado em 30 de agosto de 2004 e ainda citado em manifestações do mesmo órgão, tais como o Parecer nº 14.495, aprovado em 5 de maio de 2006.

Noutro sentido, tendo por fundamento o princípio da simetria, sustenta-se a aplicação do Decreto nº 20.910/32, que fixa o prazo em cinco anos, na medida em que não encontra justificativa no interesse público a adoção de um tratamento diferenciado em favor da União, dos Estados e dos Municípios em relação ao administrado. Este é o entendimento encampado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, citando-se como exemplo a decisão proferida nos autos do AgRg no Ag 1.079.200 – SP, julgado em 6 de maio de 2010.

As duas vertentes antes referidas encontram-se adequadamente fundamentadas. De forma a acautelar o gestor público em face da ocorrência de eventual prescrição de créditos não tributários regulados pelo direito público, ainda que seja judicialmente defensável a aplicação do Código Civil, recomenda-se a observância do prazo de cinco anos para que sejam ultimados os procedimentos necessários à cobrança, evitando-se, assim, o surgimento de eventual discussão sobre a prescrição da ação.

21.5.2 Ressarcimento de danos causados ao erário

A Constituição Federal estabeleceu no artigo 37, § 5º que as ações de ressarcimento ao erário são imprescritíveis. Apesar de toda a crítica doutrinária sobre a existência desta imprescritibilidade, tanto o STF (MS nº 26.210) quanto o STJ (REsp nº 928.725) já a reconheceram.

Com isso, em que pese a imprescritibilidade das ações de ressarcimento de danos causados ao erário ainda ser matéria que reclame maior análise, pode-se afirmar, pela redação da parte final do § 5º do artigo 37 da Constituição Federal, que as ações para ressarcimento de danos causados ao erário não estão sujeitas a prescrição.

No âmbito estadual, um exemplo de ressarcimento ao erário não sujeito a prazo prescricional está na cobrança em face do servidor que se afastou para frequentar curso de pós-graduação, no país ou no exterior, e que não se manteve no cargo por tempo igual ou superior ao de duração do afastamento, conforme determina o parágrafo único do artigo 125 da Lei Complementar Estadual nº 10.098/94. Nessa situação, deve o Estado promover a competente ação de ressarcimento ao erário, a qual, na esteira do que decidiu o STF no caso acima mencionado, não se sujeita a prescrição.

21.5.3 Sanções disciplinares aos servidores

Os servidores públicos estaduais, no desempenho de suas funções, devem observar os deveres e as proibições que lhe são impostos pela Lei Complementar Estadual nº 10.098/94, os quais se encontram previstos nos artigos 177 e 178. Quando a conduta do servidor infringir o regime jurídico ao qual está submetido, surge para a Administração Pública o poder-dever de aplicar as sanções disciplinares proporcionais à infração cometida.

No entanto, este poder disciplinar não pode ser exercido a qualquer tempo. De forma a compatibilizar o poder-dever de aplicar sanções disciplinares com a preservação da segurança das relações jurídicas, o legislador estadual estabeleceu no artigo 197 da referida Lei Complementar um prazo para que a Administração Pública aplique as sanções aos servidores.

Segundo tal dispositivo, o prazo prescricional irá variar dependendo da espécie de sanção a ser aplicada. Assim, os prazos de prescrição serão os seguintes: a) seis meses, para a pena de repreensão; b) doze meses, para as penas de suspensão e de multa; c) dezoito meses, para a pena de demissão, quando se fundamentar em abandono do cargo ou ausência não justificada ao serviço por mais de sessenta dias, ainda que não consecutivos, durante um ano; d) vinte e quatro meses, para a aplicação da pena de demissão nos demais casos, e também para a aplicação da pena de cassação da aposentadoria ou de disponibilidade.

Pode acontecer que a infração administrativa cometida pelo servidor também constitua crime ou contravenção penal. Nesse caso, o prazo a ser considerado será o previsto na legislação penal. Em geral, tais prazos encontram-se previstos no artigo 109 do Código Penal, devendo a cálculo ser efetuado tendo em vista a pena fixada concretamente pelo Poder Judiciário, a ser verificada na sentença (STJ, RMS 26.624/SP). Imperioso ressalvar, porém, respeitáveis entendimentos jurisprudenciais em sentido contrário, tal como o julgamento da Apelação Cível nº 70012335097, pela Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS.

Merece ser destacado que, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ainda que a infração administrativa constitua crime ou contravenção penal, somente será feita a contagem do prazo prescricional com base na legislação penal quando os fatos também forem efetivamente apurados na esfera penal. Não havendo persecução penal, devem ser considerados os prazos previstos no estatuto funcional do servidor (STJ, MS 12.884/DF).

Para a contagem desses prazos prescricionais, deve-se considerar como termo inicial a data na qual o fato que constitui a infração chega ao conhecimento do superior hierárquico do servidor faltoso. Entretanto, quando a pena se fundamentar em abandono de cargo ou inassiduidade habitual, a prescrição somente começará a ser contada a partir do dia em que o servidor reassumir as suas funções ou cessarem as faltas ao serviço. Nesse sentido, vale consultar as conclusões do Parecer nº 15.265, da Procuradoria-Geral Estado, aprovado em 30 de junho de 2010.

Instaurado o processo administrativo-disciplinar pela autoridade responsável, a prescrição é interrompida, o que significa que, quando do reinício da contagem, será desprezado o prazo até então transcorrido.

Além desta causa de interrupção do prazo prescricional, a Lei Complementar Estadual nº 10.098/94 prevê três situações de suspensão da prescrição. A primeira delas ocorre enquanto não resolvida, em outro processo de qualquer natureza, questão prejudicial da qual decorra o reconhecimento de relação jurídica, da materialidade do fato ou da sua autoria. A segunda hipótese de suspensão ocorre quando da emissão do relatório de sindicância, nos casos em que houver recomendação de aplicação de penalidade, suspensão esta que durará até a decisão final proferida pela autoridade competente. Nos casos em que a decisão final couber ao Governador do Estado ou ao dirigente máximo de autarquia ou de fundação pública, também haverá suspensão do prazo prescricional quando da emissão do relatório pelo Procurador do Estado designado como autoridade processante, perdurando a suspensão até a decisão final das autoridades mencionadas.

21.5.4 Anulação dos atos administrativos que produziram efeitos favoráveis aos administrados

Em virtude da sujeição ao princípio da legalidade, não se mostra possível a manutenção de atos administrativos que revelem vícios de legalidade, impondo-se a atuação administrativa no sentido de expungir os atos contrários ao direito. A essa forma de invalidação dos atos administrativos dá-se o nome de anulação, também chamada por parcela da doutrina de invalidação.

A anulação consiste na forma de extinção dos atos administrativos em razão da existência de vício de legalidade. Porém, ainda que não seja desejável a manutenção de atos viciados, de igual forma não se admite que a Administração Pública possa, no uso da autotutela, anular a qualquer tempo os atos que tenha praticado. Se assim fosse, restaria violado o princípio da segurança jurídica, o qual exige a estabilização das relações jurídicas.

Em âmbito federal, foi editada a Lei nº 9.784/99, a qual, em seu artigo 54, fixou o prazo de cinco anos para que a Administração Pública anule atos administrativos dos quais tenham resultado efeitos favoráveis aos administrados, salvo nos casos de comprovada má-fé. Após debate doutrinário, entendeu-se que esse prazo de cinco anos é decadencial, e não prescricional, com as consequências decorrentes desta distinção, tais como a possibilidade de reconhecimento da decadência de ofício pelo juiz, quando estabelecida em lei.

A aplicação da Lei Federal nº 9.784/99 no âmbito estadual é tema que ainda suscita divergências, na medida em que se trata de uma lei federal e, portanto, aplicável exclusivamente à União Federal. A sua aplicação também aos Estados passou a ser admitida pelo STJ de forma subsidiária, quando não houver lei estadual específica tratando do tema, pois se trata de norma apta a orientar toda a Administração Pública, conforme decidido no julgamento do Recurso Especial nº 852.493 – DF.

Por outro lado, a Procuradoria-Geral do Estado do RS, através do Parecer nº 15.734, aprovado em 07 de maio de 2012, manifestou-se pela inaplicabilidade do artigo 54 da Lei Federal nº 9.784/99 na esfera estadual. No referido parecer, concluiu-se que, "na revisão de atos administrativos eivados de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, a par da observância aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, impõe-se ponderar, em cada caso concreto, qual o princípio a prevalecer, se o da legalidade ou da segurança jurídica".

Portanto, havendo ato administrativo contaminado por vício de legalidade, ainda que tenha gerado efeitos favoráveis ao administrado de boa-fé, recomenda-se, para evitar discussões sobre o tema, que o Gestor Público proceda a sua anulação dentro do prazo de cinco anos, nos termos do artigo 54 da Lei Federal n. 9.784/99, em homenagem ao princípio da legalidade, destacando-se, no entanto, o respeitável entendimento manifestado pela Procuradoria-Geral do Estado.

21.5.5 Créditos tributários

No âmbito tributário, a obrigação nasce quando ocorre um fato abstratamente previsto em lei. Porém, não basta a existência da obrigação tributária para que seja viabilizada a cobrança, sendo exigível da autoridade fazendária a realização de um procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Este procedimento é conhecido como lançamento, momento a partir do qual se pode falar em constituição do crédito tributário.

De forma a evitar que o contribuinte permaneça indefinidamente à disposição da autoridade fiscal, também na esfera tributária há prazos que devem ser respeitados para a atuação administrativa. No en-

tanto, devem-se distinguir prazos de decadência e de prescrição, observando-se as peculiaridades de cada um deles.

Decadencial é o prazo de que dispõe a Fazenda Pública para promover o lançamento. Já o prazo prescricional é aquele de que dispõe o ente tributante para ajuizar a competente ação de execução fiscal regulada pela Lei Federal nº 6.830/80.

No que tange à decadência do direito de constituir o crédito tributário, a regra geral está disposta no artigo 173, I, do Código Tributário Nacional – CTN, que fixa o prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado ou da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

O parágrafo único do mesmo dispositivo, por sua vez, dispõe sobre hipótese de antecipação da contagem do prazo decadencial. Essa antecipação ocorrerá quando a autoridade fazendária adotar alguma medida preparatória ao lançamento. Nesse caso, o início da contagem se dará a partir do ato praticado pela autoridade competente que der início ao procedimento administrativo tendente à imposição tributária.

Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, podem surgir três situações distintas: a) o tributo não ter sido declarado nem pago; b) o tributo ter sido declarado e não ter sido pago; c) o tributo ter sido declarado e pago.

No primeiro caso, o termo inicial do prazo decadencial é o primeiro dia do exercício seguinte (aplicação do artigo 173, I do CTN). Isto porque a homologação incide sobre o pagamento e, não havendo pagamento realizado, nada haverá para ser homologado, fazendo incidir a regra geral.

No segundo caso, não se falará mais em decadência, pois a declaração prestada pelo contribuinte, ainda que sem pagamento, admite a imediata inscrição do débito em dívida ativa, já estando constituído o crédito tributário.

No último caso, a autoridade fiscal terá o prazo de cinco anos para homologar o pagamento ou, caso entenda necessário, realizar lançamento de ofício quanto à eventual diferença apurada. A inércia da Fazenda Pública durante os cinco anos, contados da data do fato gerador, importa em homologação tácita do pagamento efetuado pelo contribuinte.

Uma vez constituído definitivamente o crédito tributário, não há mais que se falar em decadência. A partir deste momento a Administração deve providenciar a cobrança do valor apurado. Esta cobrança deve ser promovida no prazo de cinco anos, findos os quais o direito de ajuizar a ação de execução fiscal estará prescrito, nos termos do que dispõe o artigo 174 do CTN. Há situações que interrompem a fluência do prazo prescricional, as quais estão previstas no parágrafo único do artigo 174 do CTN. São elas o despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal, o protesto judicial, qualquer ato judicial que constitua o devedor em mora, qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

21.6 PRESCRIÇÃO DO DIREITO DO ADMINISTRADO

21.6.1 Regra geral

Conforme o artigo 1º do Decreto Federal nº 20.910/32, as dívidas passivas, da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, prescrevem no prazo de cinco anos. Com a edição deste decreto, a União, os Estados e os Municípios passaram a ter em seu favor um prazo prescricional favorecido, pois houve uma redução do prazo disponível para a cobrança das dívidas passivas da Fazenda Pública em relação ao prazo destinado às demais pessoas naturais e jurídicas, o qual, nos termos do artigo 177 do Código Civil de 1916 (revogado), era de vinte anos.

Na década seguinte, o Decreto-Lei nº 4.597/42 estendeu o favor para as autarquias, ou entidades e órgãos paraestatais, criados por lei e mantidos mediante impostos, taxas ou quaisquer contribuições, exigidas em virtude de lei federal, estadual ou municipal, bem como a todo e qualquer direito e ação contra os mesmos. Além disso, também previu que a prescrição das dívidas, direitos e ações a que se refere o Decreto nº 20.910/32, somente pode ser interrompida uma vez, e recomeça a correr, pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu, ou do último ato ou termo do respectivo processo.

Deve-se ressaltar que o Decreto nº. 20.910/32 alcança somente as ações pessoais contra a Fazenda Pública, não sendo por ele alcançadas as ações reais, as quais possuem regramento específico. Para uma melhor compreensão desta assertiva, deve-se definir o que se entende por ações reais e por ações pessoais.

As ações pessoais são aquelas que decorrem da violação de direitos pessoais, originários de uma relação jurídica entre um sujeito ativo e um sujeito passivo. Em regra, têm origem em obrigações de dar, de fazer ou de não fazer algo. Por isso, diz-se que têm por objeto uma prestação. Nas relações envolvendo a Administração Pública, é comum que a obrigação tenha por origem um contrato administrativo, o qual, havendo controvérsia em face da aplicação das suas cláusulas, sujeitar-se-á à prescrição quinquenal. Também são pessoais as ações ajuizadas por servidores públicos em face do Estado, em decorrência de uma relação jurídico-funcional prevista em lei ou ato normativo.

As ações reais, por sua vez, derivam da violação de um direito real, assim compreendido aquele que se estabelece entre o titular de um bem e a coletividade (não-titulares). Como exemplo dessa classificação está o direito de propriedade. Somente será definido contra quem deve ser dirigida a ação quando o direito for efetivamente violado, pois, inicialmente, todos têm o dever de respeitá-lo.

21.6.2 Ações Indenizatórias Contra a Administração Pública

Segundo dispõe o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Uma vez constatada a existência do dano em decorrência da atuação de agentes da Administração, e não havendo o acertamento na esfera administrativa, surge para a parte lesada o direito de ajuizar a competente ação indenizatória. No entanto, o ajuizamento dessa ação deverá ocorrer dentro de determinado prazo, sob pena de prescrição.

Seguindo-se a regra geral acerca do prazo de prescrição das dívidas passivas da Fazenda Pública, a ação deveria ser ajuizada no prazo máximo de cinco anos, findos os quais a parte perde o direito de ação. Porém, deve-se ressaltar que existiu divergência jurisprudencial entre a primeira e a segunda turma do STJ acerca do prazo prescricional aplicável às ações de responsabilidade civil contra o Estado. Para a primeira turma, deveriam prevalecer as disposições do Decreto nº 20.910/32, ocorrendo a prescrição após cinco anos (AgRg no REsp 1.108.801). Já para a segunda turma, deveria ser aplicado o Código Civil, o qual fixa o prazo prescricional de três anos (REsp 1.137.354), por ser este mais favorável à Administração Pública.

Diante da aparente antinomia entre o prazo trienal (artigo 206, § 3º, V, do Código Civil) e o prazo quinquenal (artigo 1º do Decreto 20.910/32), o STJ, sob a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, pacificou o seu entendimento no sentido de prevalecer o prazo de prescrição quinquenal para as ações indenizatórias ajuizadas contra o Estado. O principal argumento utilizado na decisão foi a natureza especial do Decreto 20.910/32, ao passo que o Código Civil constitui norma geral, devendo, portanto, ceder diante das disposições da norma especial.

22. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA E RETENÇÃO DE TRIBUTOS NA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS

Sumário: 22.1 Definição e Considerações Gerais - **22.2** Imposto de Renda Retido na Fonte de Pessoa Física e Imposto de Renda Retido na Fonte de Pessoa Jurídica - **22.2.1** Legislação - **22.2.2** Serviços Prestados por Pessoa Física Sujeitos à Retenção na Fonte - **22.2.3** Serviços Prestados por Pessoa Jurídica Sujeitos à Retenção na Fonte - **22.2.4** Casos de Dispensa de Retenção - **22.2.5** Fato Gerador e Base de Cálculo para Retenção - **22.2.6** Prazos e Forma de Recolhimento - **22.2.7** Solidariedade - **22.2.8** Cumprimento das Obrigações Acessórias - **22.3** PIS/PASEP, COFINS **e** CSLL - **22.3.1** Legislação e Considerações Gerais - **22.3.2** Serviços Sujeitos à Retenção na Fonte - **22.3.3** Casos de Dispensa de Retenção - **22.3.4** Base de Cálculo e Alíquotas para Retenção –- **22.3.5** Prazos e Forma de Recolhimento - **22.3.6** Cumprimento das Obrigações Acessórias - **22.4** Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - **22.4.1** Legislação e Considerações Gerais - **22.4.2** Serviços Sujeitos à Retenção na Fonte - **22.4.3** Fato Gerador e Base de Cálculo - **22.4.4** Casos de Dispensa de Retenção - **22.4.5** Cumprimento de Obrigações Acessórias - **22.5** Contribuições Destinadas à Previdência Social/INSS - **22.5.1** Legislação e Considerações Gerais - **22.5.2** Serviços Sujeitos à Retenção na Fonte e Percentual Aplicável - **22.5.3** Base de Cálculo - **22.5.4** Casos de Dispensa de Retenção - **22.5.5** Retenção na Construção Civil - **22.5.6** Solidariedade e Responsabilidade Pessoal - **22.5.7** Prazo e Forma de Recolhimento e Obrigações Acessórias

22.1 DEFINIÇÃO E CONSIDERAÇÕES GERAIS

Preliminarmente, cumpre acentuar que a legislação tributária que dispõe sobre a substituição tributária e retenções de tributos na fonte pagadora, incidentes sobre serviços e outras rendas, é bastante extensa e complexa, suscitando inúmeras dúvidas na sua aplicação. Em vista disso, os órgãos encarregados da administração dos impostos e de contribuições mantêm páginas na internet com volume considerável de informações e orientações sobre o tema, algumas das quais aqui citadas, que poderão solucionar as eventuais dúvidas do consulente.

O setor público demanda serviços e mão de obra de terceiros para atingir suas finalidades e tem-se transformado em um contratante permanente de empresas prestadoras de serviços ou de pessoas físicas autônomas. A prestação de serviços de natureza pessoal e profissional, além de apresentar características peculiares por segmento, é impactada pela incidência de impostos e contribuições, cuja legislação transformou o contratante no principal responsável pela retenção e pelo recolhimento dos valores devidos pelo contratado. Alguns tributos e contribuições (Imposto de Renda – IR, Contribuições à Previdência Social – INSS, Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN), afora exigirem a retenção na fonte, têm no contratante o chamado substituto tributário, ou seja, é ele o principal responsável pelo seu recolhimento.

De mais a mais, há obrigações acessórias, principalmente as vinculadas ao envio de informações aos órgãos que administram e fiscalizam tais tributos e contribuições, o que requer cuidados especiais do gestor, pois o eventual não atendimento dessas obrigações poderá implicar sanções ao órgão e à própria pessoa do administrador.

Nenhum dos tributos incide sobre a mesma base de cálculo, ou seja, para calcular cada um deles, é necessário verificar as suas peculiaridades.

As incidências que implicam responsabilidade do contratante são as apresentadas abaixo, em quatro títulos, a saber:

I – Imposto de Renda Retido na Fonte – IRRF: refere-se ao imposto sobre a renda, descontado na fonte da pessoa física e da pessoa jurídica, podendo ser classificado em:
   a) Imposto de Renda Retido na Fonte de Pessoa Física;
   b) Imposto de Renda Retido na Fonte de Pessoa Jurídica.

II – PIS/COFINS/CSLL: esse grupo de contribuições federais incide sobre alguns serviços e têm a seguinte denominação:

a) PIS/PASEP – Programa de Integração Social;
b) COFINS – Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social;
c) CSLL – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

III – Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN: trata-se de um tributo municipal que incide sobre determinados tipos de serviços, conforme lista anexa à Lei Complementar Federal nº 116/03.

IV – Contribuições Destinadas à Previdência Social/INSS: constitui-se em um tributo incidente sobre a maioria dos serviços prestados e requer atenção especial não só pela necessidade de retenção, mas também porque envolve a responsabilidade solidária do ente público contratante.

A seguir, serão abordados aspectos de cada um dos tributos sujeitos à retenção, suprarreferidos, no que for aplicável: legislação; serviços sujeitos à retenção na fonte; casos de dispensa de retenção; fato gerador e base de cálculo; momento da retenção do tributo; prazos e forma de recolhimento; solidariedade e cumprimento das obrigações acessórias.

22.2 IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE DE PESSOA FÍSICA E IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE DE PESSOA JURÍDICA

22.2.1 Legislação

Aplica-se a legislação básica do Imposto de Renda, em especial o Regulamento do Imposto de Renda – RIR, aprovado pelo Decreto nº 3.000/99, o qual está disponível no seguinte endereço: http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/rir/default.htm.

22.2.2 Serviços Prestados por Pessoa Física Sujeitos à Retenção na Fonte

São descritos como serviços sujeitos à retenção do IRRF-PF todos aqueles relacionados às importâncias pagas por pessoa jurídica à pessoa física, a título de comissões, corretagens, gratificações, honorários, direitos autorais e remunerações por quaisquer outros serviços prestados, sem vínculo empregatício, inclusive as importâncias relativas a empreitadas de obras exclusivamente de trabalho, as decorrentes de fretes e carretos em geral e as pagas pelo órgão gestor de mão de obra do trabalho portuário aos trabalhadores portuários avulsos. Tais serviços estão previstos na seção II – Rendimentos do Trabalho –, especialmente nos artigos 628, 629, 630 e 639 do RIR.

22.2.3. Serviços Prestados por Pessoa Jurídica Sujeitos à Retenção na Fonte

Os serviços mais comuns, prestados por pessoas jurídicas a outras pessoas jurídicas, sujeitos à retenção do IRPJ, encontram-se previstos na seção I, capítulo II – Rendimentos de Pessoas Jurídicas Sujeitos a Alíquotas Específicas –, particularmente nos artigos 647, 649, 651 e 652 do RIR. Dentre eles, citam-se, como exemplo, os serviços de limpeza e conservação e de vigilância e segurança e os serviços prestados por profissionais liberais.

22.2.4 Casos de Dispensa de Retenção

Estão dispensados da retenção de IRPJ os valores inferiores ao limite mínimo previsto na tabela de retenção do Imposto de Renda na fonte para serviços prestados por pessoa física. Em se tratando de serviço prestado por pessoa jurídica, também está dispensada a retenção do Imposto de Renda quando o serviço for prestado por pessoa jurídica reconhecida como imune ou isenta. Em ambos os casos, conforme o artigo 724 do RIR, será dispensada a retenção quando o valor do imposto a ser recolhido for inferior a R$ 10,00, desde que componha a base de cálculo do imposto devido na declaração de ajuste anual das pessoas físicas ou a base de cálculo do imposto devido pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado.

22.2.5 Fato Gerador e Base de Cálculo para Retenção

O fato gerador, no caso do IRRF-PF, constitui-se no total dos pagamentos às pessoas físicas pelos serviços prestados no mês, acrescido de eventual adiantamento por conta do serviço. Para fins de apuração da base de cálculo, deve-se considerar o total do valor dos serviços prestados no mês mais adiantamentos por conta, ainda não deduzidos, descontada a contribuição previdenciária.

Sobre o valor encontrado, será aplicada a tabela de retenção prevista no artigo 620 do RIR/99, e, do valor apurado, será deduzido o valor já retido durante o mês. Esclareça-se que a retenção deverá ser efetuada no momento do reconhecimento da obrigação, em caso de serviço ainda não pago, e no momento do pagamento, quando se referir a adiantamento por conta de serviços.

Em relação ao IRRF-PJ, o fato gerador para a exigibilidade da retenção do tributo consiste na prestação do serviço, devendo o momento da retenção ocorrer também quando do reconhecimento da obrigação, em se tratando de serviço ainda não pago, e no momento do pagamento, caso seja referente a adiantamento por conta de serviços.

A base de cálculo para fins de retenção deverá corresponder ao valor total pago à pessoa jurídica que prestou o serviço, sendo aplicáveis as seguintes alíquotas:

- serviços profissionais (artigo 647 do RIR): 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento);
- serviços de limpeza e conservação de bens imóveis, de segurança e vigilância e de locação de mão de obra (artigo 649 do RIR): 1% (um por cento);
- serviços de propaganda e publicidade (excluem-se as importâncias pagas diretamente ou repassadas a empresas de rádio e televisão, jornais e revistas) e os valores pagos a título de comissões e corretagens ou qualquer outra remuneração pela representação comercial ou pela mediação na realização de negócios civis e comerciais (artigo 651 do RIR): 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento);
- em caso de cooperativas de trabalho (artigo 652 do RIR): 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento).

22.2.6 Prazos e Forma de Recolhimento

Nas Sociedades de Economia Mista e suas subsidiárias, o tributo retido será recolhido à União mediante DARF, nos prazos previstos no artigo 865 do RIR.

Por outro lado, na Administração Direta, nas Autarquias e nas Fundações, não haverá o recolhimento mediante DARF para a União, pois tal valor arrecadado é considerado como uma receita pertencente ao Estado, ao Distrito Federal e aos Municípios, conforme prescreve o inciso I, dos artigos 157 e 158 da Constituição Federal de 1988.

22.2.7 Solidariedade

Consoante disposto no artigo 723 do RIR, são solidariamente responsáveis com o sujeito passivo (ente público) os acionistas controladores, os diretores, os gerentes ou os representantes de pessoas jurídicas de direito privado, pelos créditos decorrentes do não recolhimento do imposto descontado na fonte.

22.2.8 Cumprimento das Obrigações Acessórias

Além da retenção e do recolhimento do tributo, o contratante tem de cumprir as seguintes obrigações, consideradas acessórias:

- Comprovante de rendimentos: anualmente, deve emitir o Comprovante de Rendimentos Pagos e de Retenção de Imposto de Renda na Fonte de pessoas físicas e jurídicas e disponibilizá-lo ao prestador de serviços.
- DIRF: anualmente, deve enviar a Declaração do Imposto de Renda Retido na Fonte à Receita Federal do Brasil.
- DCTF: mensalmente, deve enviar à Receita Federal do Brasil a Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais.

22.3 PIS/PASEP, COFINS e CSLL

22.3.1 Legislação e Considerações Gerais

A legislação que rege a matéria é a Lei Federal nº 10.833/03 (conversão em lei da Medida Provisória – MP nº 135/03), operacionalizada pela Instrução Normativa SRF nº 459/04. Trata-se da retenção conjunta das seguintes contribuições: Programa de Integração Social – PIS/PASEP; Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL.

Registre-se que a obrigação de efetuar a retenção desses tributos federais alcança, no âmbito estadual, somente as sociedades de economia mista, suas subsidiárias e as empresas públicas. Assim, tal retenção não será obrigatória para as autarquias, as fundações e os órgãos da Administração Pública Estadual, que estarão sujeitos à retenção somente em caso de o Estado firmar um convênio nesse sentido com a Receita Federal do Brasil (Lei Federal nº 10.833/03, artigo 33).

22.3.2 Serviços Sujeitos à Retenção na Fonte

Os serviços sujeitos à retenção na fonte desses tributos encontram-se definidos no artigo 30 da Lei Federal nº 10.833/03, quais sejam: serviços de limpeza, conservação, manutenção, segurança, vigilância, transporte de valores e locação de mão de obra e serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos e administração de contas a pagar e a receber. Também se sujeita à retenção na fonte a remuneração decorrente de serviços profissionais.

22.3.3 Casos de Dispensa de Retenção

Em primeiro lugar, ressalte-se que, nos termos do § 2º do artigo 30 da Lei Federal nº 10.833/03, as pessoas jurídicas optantes pelo SIMPLES estão desobrigadas de efetuar a retenção destes tributos federais: PIS/PASEP, COFINS e CSLL. De outra parte, o § 3º do artigo 31 da referida lei federal define que, para pagamentos de valor igual ou inferior a R$ 5.000,00 será dispensada a retenção. Ocorrendo, contudo, mais de um pagamento no mesmo mês à mesma pessoa jurídica, deverá ser efetuada a soma de todos os valores pagos no mês para efeito de cálculo do limite de dispensa de retenção referido, compensando-se o valor retido anteriormente.

22.3.4 Base de Cálculo e Alíquotas para Retenção

A base de cálculo para retenção na fonte corresponde àquela prevista no artigo 31 da Lei Federal nº 10.833/03. Assim, o valor da CSLL, da COFINS e da contribuição para o PIS/PASEP a ser retido será determinado mediante a aplicação, sobre o montante bruto da nota fiscal, do percentual de 4,65% (quatro inteiros e sessenta e cinco centésimos por cento), correspondente à soma das alíquotas de 1% (um por cento) para CSLL, 3% (três por cento) para COFINS e 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento) para PIS/PASEP.

22.3.5 Prazos e Forma de Recolhimento

De acordo com o estabelecido no artigo 35 da Lei Federal nº 10.833, os valores retidos na quinzena deverão ser recolhidos ao Tesouro Nacional pelo órgão público que efetuar a retenção ou, de forma centralizada, pelo estabelecimento matriz da pessoa jurídica, até o último dia útil da quinzena subsequente àquela quinzena em que tiver ocorrido o pagamento à pessoa jurídica fornecedora dos bens ou prestadora do serviço.

22.3.6 Cumprimento das Obrigações Acessórias

As pessoas jurídicas que efetuarem a retenção deverão fornecer informações, anualmente (até o último dia útil do mês de fevereiro do ano subsequente), à pessoa jurídica beneficiária do pagamento o comprovante anual da retenção. E também, anualmente e no mesmo prazo, terão que apresentar à Receita Federal do Brasil a Declaração do Imposto de Renda Retido na Fonte – DIRF, nela discriminando, mensalmente, o somatório

dos valores pagos e o total retido, por contribuinte e código de recolhimento. (Instrução Normativa RFB nº 1.297, de 17 de outubro de 2012). Ainda, deverão incluir os valores retidos na DCTF, mensalmente, no grupo Contribuições Sociais Retidas na Fonte. (§ 4º, artigo 6º, IN RFB nº 974, de 27 de novembro de 2009)

22.4 IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA

22.4.1 Legislação e Considerações Gerais

O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN é um tributo, por definição da Constituição Federal de 1988, de competência exclusiva dos Municípios e do Distrito Federal e regula-se pela Lei Complementar Federal nº 116/03 e pela legislação de cada Município que for considerado o beneficiário do imposto devido.

A característica desse tributo é que, embora tenha sido editada uma Lei complementar federal que definiu suas normas gerais, cada Município poderá legislar sobre ele, desde que não contrarie a referida lei federal, estabelecendo, por exemplo, alíquotas diferenciadas para cada um dos serviços sobre os quais incide o imposto, as obrigações acessórias a serem observadas, bem como a responsabilidade pelo crédito tributário a uma terceira pessoa, diversa do contribuinte, o chamado substituto tributário. Além disso, como regra, o imposto é devido ao Município onde o serviço tenha sido prestado e não ao Município da sede do contratado ou do contratante.

Em relação aos substitutos tributários, a Lei Complementar Federal nº 116/03, em seu artigo 6º, estabeleceu como tais os tomadores dos serviços, ou seja, os contratantes, os quais terão a obrigação de reter o ISSQN incidente sobre o valor do serviço prestado, sendo, então, os responsáveis diretos pelo recolhimento do imposto, independentemente da ocorrência ou não da retenção. Essa substituição tributária, contudo, nos termos do § 2º do artigo 6º da Lei Complementar Federal nº 116/03, somente será obrigatória em relação a determinados serviços, sendo devida, em qualquer tipo de serviço e de acordo com o estipulado no *caput* do artigo 6º da Lei Complementar Federal nº 116/03, apenas quando houver a expressa previsão em lei do respectivo Município.

Assim sendo, o gestor, quando do pagamento dos serviços contratados, deverá verificar o cabimento ou não da retenção do ISSQN, de acordo com o estabelecido na Lei Complementar Federal nº 116/03 e na legislação do Município beneficiário do imposto, devendo ter atenção especial quanto ao cumprimento das chamadas obrigações acessórias estabelecidas na legislação municipal.

22.4.2 Serviços Sujeitos à Retenção na Fonte

Os serviços sujeitos à retenção na fonte do ISSQN correspondem àqueles previstos na lista anexa à Lei Complementar nº 116/03. A retenção, porém, somente será obrigatória para o ente público contratante quando houver lei municipal prevendo a substituição tributária ou, sem prejuízo do definido em lei municipal, na hipótese dos serviços previstos no § 2º do artigo 6º da Lei Complementar Federal nº 116/03.

22.4.3 Fato Gerador e Base de Cálculo

O ISSQN tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa à Lei Complementar Federal nº 116/03, ainda que esses não se configurem como atividade preponderante do prestador. Na prática, a identificação do fato gerador ocorre por meio da nota fiscal ou de outro documento fiscal que discrimine o serviço prestado ao ente público contratante e que se enquadre na mencionada lista

A base de cálculo do ISSQN é o preço do serviço e, para fins de retenção, corresponderá ao total do valor dos serviços prestados no mês, sendo possível a dedução de eventuais parcelas autorizadas na legislação municipal. Sobre essa base de cálculo, será aplicada a alíquota própria para o tipo de serviço, fixada na lei municipal, a qual não poderá ser superior a 5%, conforme determinado pelo artigo 8º, inciso II, da Lei Complementar Federal nº 116/03. Quanto ao momento da retenção, esta deverá ser procedida por ocasião do reconhecimento da obrigação, para o caso de serviço ainda não pago, e no momento do pagamento, quando se referir a adiantamento por conta de serviços.

22.4.4 Casos de Dispensa de Retenção

As hipóteses de dispensa da retenção do ISSQN deverão estar previstas na legislação do Município beneficiário do imposto, cabendo ao prestador de serviço comprovar tal situação junto ao ente público, tomador do serviço. Cumpre destacar, ainda, que os serviços eventualmente não incluídos na lista anexa à Lei Complementar nº 116/03 também estarão dispensados da retenção, por força de se tratar de uma das hipóteses de não incidência do próprio imposto, em razão da ausência de previsão legal.

22.4.5 Cumprimento de Obrigações Acessórias

Além da retenção e do recolhimento do tributo, o contratante deve enviar ao Município, na forma que este estabelecer, a relação dos beneficiados pelo pagamento de serviços efetuados no mês e o correspondente valor retido.

22.5 CONTRIBUIÇÕES DESTINADAS À PREVIDÊNCIA SOCIAL/INSS

22.5.1 Legislação e Considerações Gerais

A retenção na fonte dos valores referentes às contribuições previdenciárias destinadas à Seguridade Social/INSS encontra-se autorizada pelo artigo 31 da Lei Federal nº 8.212/91, com a devida regulamentação nos artigos 219 a 224 do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto Federal nº 3.048/99.

Além disso, há a Instrução Normativa – IN RFB nº 971/09, e posteriores alterações, que dispõe sobre normas gerais de tributação previdenciária e de arrecadação das contribuições sociais destinadas à Previdência Social, contemplando, nos artigos 112 e 145, os procedimentos e os aspectos operacionais que envolvem o instituto da retenção na fonte das contribuições devidas à Previdência Social, a qual servirá de base para o desenvolvimento deste capítulo.

É necessário, todavia, que o responsável pela área contábil-financeira do ente público verifique, por ocasião da retenção, se houve alguma alteração da legislação previdenciária, de modo a evitar eventuais penalidades, passíveis de serem aplicadas pela autoridade fazendária.

22.5.2 Serviços Sujeitos à Retenção na Fonte e Percentual Aplicável

São inúmeros os serviços sujeitos à retenção na fonte da contribuição à Seguridade Social, quando contratados mediante cessão de mão de obra ou empreitada, os quais estão arrolados, exaustivamente, na legislação já mencionada, nos artigos 117 e 118 da referida Instrução Normativa – IN. Relacionam-se, entretanto, alguns, a título de exemplo: limpeza, conservação ou zeladoria; vigilância ou segurança; construção civil; serviços rurais; digitação e preparação de dados para processamento; acabamento, embalagem e acondicionamento de produtos; cobrança; coleta e reciclagem de lixo ou de resíduos; copa e hotelaria; corte ou ligação de serviços públicos; distribuição; treinamento e ensino; entrega de contas e documentos; ligação e leitura de medidores; manutenção de instalações, máquinas e equipamentos; montagem; operação de máquinas, equipamentos e veículos; operação de pedágios e terminais de transporte; operação de transporte de passageiros; portaria, recepção e ascensorista; recepção, triagem e movimentação de materiais; promoção de vendas e eventos; secretaria e expediente; saúde; telefonia, inclusive telemarketing.

O ente público contratante de serviços prestados mediante cessão de mão de obra ou empreitada, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços e recolher à Previdência Social a importância retida, em documento de arrecadação identificado com a denominação social e o CNPJ da empresa contratada e no prazo fixado pela legislação previdenciária.

Quando a atividade dos segurados na empresa contratante for exercida em condições especiais que prejudiquem a sua saúde ou a sua integridade física, de forma a lhes possibilitar a concessão de aposentadoria especial após 15, 20 ou 25 anos de trabalho, o percentual da retenção aplicado sobre o valor dos serviços prestados por esses segurados, a partir de 1º de abril de 2003, deve ser acrescido de 4% (quatro por cento), 3%

(três por cento) ou 2% (dois por cento), respectivamente, perfazendo o total de 15% (quinze por cento), 14% (quatorze por cento) e 13% (treze por cento), na mesma ordem.

Registre-se que empresa optante pelo SIMPLES que prestar serviços mediante cessão de mão de obra ou empreitada também estará sujeita à retenção sobre o valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços emitido, salvo quanto ao período de 1º de janeiro de 2000 a 31 de agosto de 2002, conforme dispõe o artigo 114 da suprarreferida IN.

Já, as chamadas cooperativas de trabalho estão sujeitas à retenção apenas em decorrência de contrato de prestação de serviços com pessoas jurídicas, no período de fevereiro de 1999 a fevereiro de 2000. A partir de março de 2000, passou a vigorar a Lei Federal nº 9.876/99, que altera a forma de contribuição sobre essa prestação específica, ou seja, a empresa contratante deverá, a seu cargo, contribuir com o valor equivalente a 15% (quinze por cento) sobre o valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo emitido pela cooperativa, relativamente aos serviços prestados por seus cooperados, conforme o inciso IV do artigo 22. E, de acordo com a Lei Federal nº 10.666/03, a empresa tomadora de serviços de cooperado filiado a uma cooperativa de trabalho deverá acrescer, à sua contribuição, o adicional de 9% (nove por cento), 7% (sete por cento) ou 5% (cinco por cento) conforme a atividade exercida pelo cooperado permita a concessão de aposentadoria especial após 15, 20 ou 25 anos de contribuição respectivamente, de acordo com o previsto no inciso II do § 2º do artigo 72 da citada IN.

22.5.3 Base de Cálculo

A base de cálculo, para fins de retenção do INSS, no valor de 11% (onze por cento), corresponde ao valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços, conforme o artigo 120 da IN RFB nº 971/09, podendo ser deduzidas as seguintes parcelas: os valores de materiais ou de equipamentos, próprios ou de terceiros, exceto os equipamentos manuais, fornecidos pela contratada, discriminados no contrato e na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, desde que comprovados; o custo da alimentação *in natura* fornecida pela contratada, de acordo com os programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho e Emprego – MTE; o fornecimento de vale-transporte em conformidade com a legislação própria, segundo a referida IN em seus artigos 122 e 124.

Ressalte-se que os valores de materiais ou de equipamentos, próprios ou de terceiros, exceto os equipamentos manuais, cujo fornecimento esteja previsto em contrato, mas sem a respectiva discriminação de valores, desde que discriminados na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, não integram a base de cálculo da retenção. Nesse caso, a apuração da base de cálculo dar-se-á nos termos previstos nos artigos 122 e 123 da aludida IN.

Como regra, quando não existir previsão contratual de fornecimento de material ou de utilização de equipamento e quando o uso deste equipamento não for inerente ao serviço, mesmo havendo discriminação de valores na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, a base de cálculo da retenção será o valor bruto constante em um desses documentos.

22.5.4 Casos de Dispensa de Retenção

O ente público contratante do serviço ficará dispensado de efetuar a retenção exigida pela legislação, nos termos do artigo 120 da IN RFB nº 971/09, nos seguintes casos:

a) quando o valor a ser retido por nota fiscal, fatura ou recibo for inferior ao limite mínimo permitido para recolhimento em Guia da Previdência Social – GPS;
b) quando a contratada não possuir empregados, o serviço for prestado pessoalmente pelo titular ou sócio e o faturamento do mês anterior for igual ou inferior a duas vezes o limite máximo do salário-de-contribuição, cumulativamente;
c) quando a contratação envolver somente serviços profissionais relativos ao exercício de profissão regulamentada por legislação federal, ou serviços de treinamento e ensino, desde que prestados pessoalmente pelos sócios, sem o concurso de empregados ou outros contribuintes individuais.

Por outro lado, não se aplica o instituto da retenção nas seguintes situações:

a) na contratação de serviços prestados por trabalhadores avulsos por intermédio de sindicato da categoria ou de Órgão Gestor de Mão de Obra – OGMO;

b) na empreitada total;
c) na contratação de entidade beneficente de assistência social isenta de contribuições sociais;
d) ao contribuinte individual equiparado à empresa e à pessoa física;
e) na contratação de serviços de transporte de cargas (a partir de 10 de junho de 2003, data da publicação no Diário Oficial da União do Decreto Federal nº 4.729/03, que assim dispôs);
f) na empreitada realizada nas dependências da contratada.

22.5.5 Retenção na Construção Civil

Para a contratação de empresas para execução de atividades da construção civil, a legislação previdenciária, no tocante ao instituto da retenção, confere um tratamento especial, estabelecendo os serviços em que é cabível a retenção e definindo, também, os serviços que não se sujeitam a ela.

Nos termos do inciso III do artigo 117 da IN RFB nº 971/09, a construção civil engloba tudo que envolva

> (...) a construção, a demolição, a reforma ou o acréscimo de edificações ou de qualquer benfeitoria agregada ao solo ou ao subsolo ou obras complementares que se integrem a esse conjunto, tais como a reparação de jardins ou de passeios, a colocação de grades ou de instrumentos de recreação, de urbanização ou de sinalização de rodovias ou de vias públicas.

Nesses moldes, sujeitam-se à retenção, por exemplo, os serviços executados mediante contrato de empreitada parcial ou de subempreitada, bem como os atinentes à reforma de pequeno valor, além dos serviços discriminados no anexo VII da referida IN.

De outra parte, não se sujeita à retenção a prestação de serviços de:

- administração, fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras;
- assessoria ou consultoria técnicas, e controle de qualidade de materiais;
- fornecimento de concreto usinado, de massa asfáltica ou de argamassa usinada ou preparada;
- jateamento ou hidrojateamento;
- perfuração de poço artesiano;
- elaboração de projeto da construção civil;
- ensaios geotécnicos de campo ou de laboratório (sondagens de solo, provas de carga, ensaios de resistência, amostragens, testes em laboratório de solos ou outros serviços afins);
- serviços de topografia;
- instalação de antena coletiva;
- instalação de aparelhos de ar condicionado, de refrigeração, de ventilação, de aquecimento, de calefação ou de exaustão;
- instalação de sistemas de ar condicionado, de refrigeração, de ventilação, de aquecimento, de calefação ou de exaustão, quando a venda for realizada com emissão apenas da nota fiscal de venda mercantil;
- instalação de estruturas e esquadrias metálicas, de equipamento ou de material, quando for emitida apenas a nota fiscal de venda mercantil;
- locação de caçamba e locação de máquinas, de ferramentas, de equipamentos ou de outros utensílios sem fornecimento de mão de obra;
- fundações especiais.

22.5.6 Solidariedade e Responsabilidade Pessoal

Nos termos do artigo 33, § 5º, da Lei Federal nº 8.212/91, a retenção do INSS sempre se presumirá feita pelo contratante (ente público), não lhe sendo lícito alegar qualquer omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pelas importâncias que deixar de reter ou tiver retido em desacordo com a legislação.

Ademais, os administradores de Autarquias e Fundações Públicas, criadas e mantidas pelo Poder Público, de empresas públicas e de sociedades de economia mista sujeitas ao controle da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, que estiverem em mora, por mais de 30 dias, no recolhimento das

contribuições previstas no artigo 42 da referida lei, tornam-se solidariamente responsáveis pelo respectivo pagamento, ficando ainda sujeitos às proibições do artigo 1º e às sanções dos artigos 4º e 7º do Decreto-Lei nº 368/68.

22.5.7 Prazo e Forma de Recolhimento e Obrigações Acessórias

Os valores retidos, correspondentes a 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou da fatura de prestação de serviços, deverão, nos termos do artigo 31 da Lei nº 8.212/91, ser recolhidos até o dia 20 do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura em nome da empresa cedente da mão de obra.

No tocante às obrigações acessórias, saliente-se que a Instrução Normativa RFB nº 971/09 traz uma série de obrigações chamadas de acessórias a serem observadas pelo ente público contratante.

23. TOMADA DE CONTAS

Sumário: 23.1 Definição e Considerações Gerais - **23.2** Legislação - **23.3** Tomada de Contas de Exercício ou Gestão - **23.3.1** Conceito e Abrangência - **23.3.2** Organização do Processo - **23.3.3** Prazo de Entrega - **23.3.4** Julgamento - **23.4** Tomada de Contas Especial - **23.4.1** Conceito e Objetivo - **23.4.2** Instauração e Instrução - **23.4.3** Prazo de Entrega e Julgamento - **23.5** Perguntas e Respostas.

23.1 DEFINIÇÃO E CONSIDERAÇÕES GERAIS

A tomada de contas consiste em um processo administrativo uno, instituído por lei (artigos 43 e 44 da Lei Estadual nº 11.424/2000), que tem por finalidade a realização do julgamento, pelo Tribunal de Contas, da gestão dos administradores públicos, bem como de qualquer pessoa física, jurídica ou entidade que seja responsável pela utilização, pela arrecadação, pela guarda, pelo gerenciamento ou pela administração de dinheiros, bens e valores públicos pelos quais o Estado responda, ou que, em nome deste, assuma obrigações de natureza pecuniária.

O processo de tomada de contas visa, em suma, a dar maior efetividade ao que dispõe o parágrafo único do artigo 70 da Constituição Federal de 1988, reproduzido na Constituição Estadual de 1989, o qual trata do dever constitucional de prestar contas, atribuído a todos os gestores e aos demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos.

Em regra, por se referir a um exercício, a tomada de contas é realizada anualmente, sendo a sua elaboração e organização de competência do órgão de controle interno ou do setor de contabilidade do ente. No âmbito da Administração Direta do Estado, compete à Contadoria e Auditoria-Geral do Estado – CAGE. Nos casos, contudo, em que houver impugnação a atos específicos que importarem em dano ao erário e ao meio ambiente, ocasionados por ação ou omissão dos administradores ou por agentes subordinados a esses, a tomada de contas, denominada de especial, será específica, não se vinculando a um exercício financeiro.

Registre-se que, nos termos do artigo 44 da Lei Estadual nº 11.424/2000, os procedimentos relativos à tomada de contas de exercício ou gestão estão regulados no Regimento Interno do TCE, aprovado pela Resolução TCE nº 544/2000.

23.2 LEGISLAÇÃO

- Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (artigo 70)
- Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, de 1989 (artigo 70)
- Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964 (artigo 78)
- Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 (artigos 84, 90 e 93)
- Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (artigo 116)
- Lei Estadual nº 10.683, de 04 de janeiro 1996
- Lei Estadual nº 11.424, de 06 de janeiro de 2000 (artigos 43 a 46)
- Decreto Estadual nº 50.063, de 08 de fevereiro de 2013
- Resolução TCE nº 544/2000 (artigos 89 a 116)
- Resolução TCE nº 897/2010
- Instrução Normativa CAGE nº 02, de 08 de dezembro 2000

23.3 TOMADA DE CONTAS DE EXERCÍCIO OU GESTÃO

23.3.1 Conceito e Abrangência

A tomada de contas de exercício ou gestão é o procedimento a que são submetidos os administradores dos órgãos autônomos ou das entidades jurisdicionadas ao Tribunal de Contas. Além destes, os demais responsáveis que, nos termos da lei, de estatuto ou de regulamento, forem nomeados, designados ou eleitos para exercer cargo ou função de cujos atos resultem a utilização, a arrecadação, a guarda, o gerenciamento ou a administração de dinheiros, bens e valores públicos pelos quais o órgão autônomo ou a entidade responda, ou que, em nome destes, assumam obrigações de natureza pecuniária.

A tomada de contas resulta do levantamento efetuado pelo sistema de controle interno, baseado na escrituração de atos e fatos que tenham como consequência a movimentação de créditos, recursos financeiros e bens, pelo(s) responsável (eis) pela gestão financeira e patrimonial. Cabe ao gestor exigir e providenciar, durante o exercício financeiro, a sua correta escrituração, de forma a possibilitar as prestações de contas que serão informadas na própria tomada de contas.

Assim sendo, a tomada de contas constitui-se em um processo uno, relativamente ao exercício financeiro e à gestão, ou somente à gestão, devendo abranger os seguintes aspectos:

I – as despesas realizadas por meio de adiantamentos, suprimentos, subvenções, auxílios e ajustes bilaterais;
II – as contas de almoxarifes, tesoureiros, encarregados de depósito de material e de todo e qualquer responsável pela guarda e administração de bens e valores;
III – os fundos especiais e assemelhados, e
IV – todos os atos dos quais resulte movimentação de valores orçamentários e extraorçamentários, operacionais e extraoperacionais, praticados pelos administradores ou por seus substitutos legais.

23.3.2 Organização do Processo

O processo de tomada de contas a ser organizado pelos administradores terá seu detalhamento, no âmbito da Administração Direta, em nível de órgão autônomo e, no âmbito da Administração Indireta, em nível de entidade.

Considera-se órgão autônomo aquele que, situando-se na primeira linha hierárquica de cada Poder do Estado, embora não possuindo personalidade jurídica própria, tenha autonomia administrativa, orçamentária, técnica e, em alguns casos, financeira, caracterizando-se como órgão diretivo, com funções precípuas de planejamento, supervisão, coordenação e controle das atividades que constituem sua área de competência.

De outro lado, denomina-se de entidade aquela instituição que se constitui em uma pessoa jurídica de direito público ou privado integrante da Administração Indireta, inclusive as entidades de natureza fundacional. Na esfera da Administração Direta, para efeitos desse processo administrativo, o órgão autônomo Gabinete do Governador deve ser individualizado no nível de cada unidade que compõe a sua estrutura básica.

A tomada de contas de exercício deverá conter, conforme o artigo 115 do Regimento Interno do TCE, os seguintes documentos, relativos ao exercício sob exame:

- relatório minucioso do administrador sobre suas contas, abrangendo as metas físico-financeiras previstas e alcançadas no exercício ou na gestão em exame;
- demonstrações financeiras previstas na Lei Federal nº 6.404/76, no caso de sociedades de economia mista e demais entidades revestidas de tipo jurídico de sociedades comerciais, ou, quando se tratar de entidades da Administração Indireta regidas pela Lei Federal nº 4.320/64, o balanço geral do exercício anterior, compreendendo os balanços orçamentário, financeiro e patrimonial, e a demonstração das variações patrimoniais;
- cópia do ato de nomeação da comissão inventariante, bem como da ata de encerramento do inventário de bens e valores, evidenciando as eventuais diferenças e as respectivas providências adotadas. Desse modo, deverão ser anexadas as atas de levantamento físico de caixa e as relativas ao inventário de almoxarifados, depósitos e bens patrimoniais de uso permanente. Não existindo inventário, tal fato deverá ser registrado com as devidas justificativas. Além disso, cabe acentuar que, na Administração Direta, nas autarquias e nas

fundações, quando da realização de inventários de bens e valores, deverão ser observados os procedimentos descritos na Instrução Normativa CAGE nº 01/95;
- cópia dos pareceres ou das decisões dos órgãos que devem se manifestar sobre as contas, tais como assembleias de acionistas, conselhos de administração, diretorias, conselhos fiscais, conselhos curadores, comissões de controle, entre outros;
- parecer, para as entidades da Administração Indireta, da auditoria independente quando, por força de lei, estiverem obrigadas a contratar empresa de auditoria independente;
- relatório e parecer da auditoria interna, devendo ser emitido pela CAGE quando se tratar de órgão da Administração Direta ou de entidade da Administração Indireta. Saliente-se que o relatório e o parecer da auditoria interna visam a apresentar a manifestação do órgão de controle interno sobre os atos de gestão daquelas instituições, ocorridos durante o exercício, sendo ressalvados todos aqueles que resultarem em algum prejuízo ao erário e/ou na infringência a normas legais. Deve ser acrescentado que, antes da emissão desse relatório e do parecer, é assegurado o direito de contraditório ao gestor que for apontado como responsável por irregularidade, conforme estabelece o Decreto Estadual nº 50.063, de 08 de fevereiro de 2013.
- declaração firmada pelo administrador de que os agentes públicos que desempenham atividades na entidade estão em dia com a apresentação das declarações de bens e rendas, nos termos da Resolução nº 833/2008.
- relatório e parecer do Conselho Estadual de Saúde de que trata o § 3º do artigo 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no caso da Secretaria Estadual da Saúde.

Em se tratando de órgãos da Administração Direta do Estado, a Instrução Normativa CAGE nº 02/2000 disciplina a instrução do processo de tomada de contas, oferecendo, inclusive, um modelo sintético de relatório ao administrador.

No âmbito do Tribunal de Contas, o processo de tomada de contas é complementado pelos relatórios de auditorias e inspeções realizadas pelo órgão de controle externo. Cabe acrescentar que nenhum processo, documento ou informação poderá ser sonegado ao Tribunal de Contas, sob pena de ser atribuída responsabilidade pela omissão. Aliás, o fornecimento de informações e esclarecimentos solicitados pelos órgãos fiscalizadores, mesmo quando se referirem a gestores anteriores, é obrigatório, conforme Lei Estadual nº 10.683, de 10 de janeiro de 1996.

23.3.3 Prazo de Entrega

Os processos de tomada de contas de exercício, com os documentos previstos no item anterior, deverão ser obrigatoriamente encaminhados ao TCE no prazo de 180 dias, contados do encerramento do exercício ou da gestão. Além disso, o gestor deverá observar os prazos estabelecidos no cronograma de encerramento das atividades do exercício financeiro, determinados por circular publicada no Diário Oficial do Estado, anualmente, pela CAGE.

23.3.4 Julgamento

As contas do gestor, constantes da tomada de contas de exercício, serão julgadas pelo TCE até a última sessão dessa Corte de Contas realizada no ano subsequente ao de entrega da tomada de contas, ressalvada a hipótese de incidências processuais, devidamente justificadas, que impliquem a dilação desse prazo (artigo 98 do Regimento Interno do TCE, conforme redação dada pela Resolução nº 901/10).

Em conformidade com o Regimento Interno do TCE, as contas do gestor poderão ser julgadas:

I – regulares;

II – pela baixa de responsabilidade com ressalvas, quando houver falhas formais;

III – irregulares:

a) quando desqualificados os elementos contábeis; ou

b) pela inobservância de normas atinentes à administração e ao controle orçamentário, financeiro, patrimonial ou operacional, ou pela existência de débitos que evidenciem indícios de crime ou de ato de improbidade administrativa.

As ressalvas podem vir acompanhadas de "advertência à origem", a qual tem como objetivo que a administração corrija irregularidades de cunho formal apontadas pelos órgãos de controle. É importante que o gestor esteja atento a esse aspecto, pois, caso não haja correção, a persistência, ou a recorrência, dessas irregularidades poderá ser objeto de penalização em tomada de contas subsequente.

No caso das contas serem julgadas irregulares em decisão definitiva, será dado conhecimento do processo à Procuradoria-Geral de Justiça, para os fins legais, e ao Ministério Público Eleitoral.

Nas hipóteses de as contas serem julgadas irregulares ou com ressalvas, a decisão poderá compreender, além da fixação do débito ao Gestor (imposição de multa ou determinação de ressarcimento de valores glosados), a determinação para que o mesmo corrija as irregularidades que ainda sejam sanáveis.

Quando a decisão julgar regulares as contas e expedir quitação, ou decidir pela baixa de responsabilidade com ressalvas, será oficiado à autoridade administrativa competente para que proceda ao cancelamento da respectiva responsabilidade.

Por outro lado, no caso de a decisão concluir pela existência de débito e/ou incidência de multa, e essa decisão for mantida em grau de recurso, o responsável será intimado pelo TCE a recolher os valores devidamente corrigidos no prazo de 15 dias, devendo comprovar o recolhimento perante a egrégia Corte. Se não ocorrer esse recolhimento, o Tribunal emitirá a Certidão de Decisão – Título Executivo, cuja terceira via será encaminhada à autoridade competente, a fim de que sejam adotadas as medidas necessárias ao registro contábil do crédito e à cobrança do valor nela consignado.

Ressalte-se, por oportuno, que o gestor que receber a Certidão de Decisão – Título Executivo deverá informar o Tribunal de Contas a respeito das providências que adotou para a cobrança do crédito e enviar a documentação comprobatória respectiva, no prazo de 90 dias, sob pena de, se não o fizer, ter sua inércia apreciada na tomada de contas própria, sem prejuízo da comunicação do fato ao Ministério Público (Resolução TCE nº 897/10).

23.4 TOMADA DE CONTAS ESPECIAL

23.4.1 Conceito e Objetivo

Tomada de contas especial é o processo administrativo que resulta da impugnação de atos ou situações específicas que importarem em dano ao erário e ao meio ambiente, ocasionados por ação ou omissão dos administradores ou agentes subordinados a esses. Tal processo visa dar maior celeridade ao julgamento, ao ressarcimento do dano e à punição dos responsáveis. Possibilita, ainda, a sustação da causa que deu origem ao prejuízo.

A tomada de contas especial objetiva, em síntese, informar ao Tribunal de Contas as providências que foram adotadas frente à situação danosa. Esse processo é específico, para que as situações ali constantes possam ser apreciadas anteriormente ao processo normal de tomada de contas de exercício dos administradores.

23.4.2 Instauração e Instrução

O procedimento de tomada de contas especial deverá ser instaurado:

a) pelo administrador (gestor), em relação aos seus agentes subordinados, quando constatar que determinada conta não foi prestada, ou que tenha ocorrido desfalque, omissão, desvio de bens ou outra irregularidade que resulte em prejuízo à Fazenda Pública, e
b) pelo controle interno, intimado pelo Tribunal de Contas, em consequência de notícia de ação ou omissão, praticada pelo administrador, que importar em dano ao erário.

A instrução do processo de tomada de contas especial não prescindirá de informação completa e comprovada, por parte do gestor, das providências adotadas para a obtenção do integral ressarcimento dos prejuízos ao erário e a punição dos responsáveis pela ação/omissão.

Segundo a Resolução nº 544/2000 do TCE, considera-se como integral ressarcimento ao erário a completa restituição das importâncias, atualizadas monetariamente, ou, em se tratando de bens, a sua reposição ou a importância equivalente aos preços de mercado à época do efetivo recolhimento, levando-se em consideração o seu estado de conservação.

O processo de tomada de contas especial, instaurado pelo administrador, devidamente instruído, deverá ser encaminhado à CAGE, para emissão de parecer circunstanciado e conclusivo sobre as providências adotadas e posterior encaminhamento ao Tribunal de Contas para julgamento.

Para fins de comprovação das providências adotadas pelo administrador, inclusive quanto ao ressarcimento do prejuízo, sugere-se a anexação da seguinte documentação ao processo de tomada de contas especial:

a) relatórios de auditoria, sindicância, inquérito, processo administrativo disciplinar ou de outro procedimento investigativo similar;
b) registro da ocorrência policial e, se instaurado inquérito policial ou ação penal, informação do respectivo número do processo e seu andamento;
c) notificações ao responsável pelo dano apontado no relatório, para o efeito de apresentar a sua defesa;
d) defesa do responsável pelo dano e manifestação fundamentada do administrador acerca do teor da defesa apresentada;
e) ato de aplicação de pena disciplinar, se for o caso;
f) cópia do ofício enviado ao órgão competente, solicitando os devidos registros nos assentamentos funcionais do servidor, no caso de este ter sido penalizado;
g) representação ao Ministério Público, quando se verificar ilícito penal ou ato de improbidade administrativa, objetivando a instauração da competente ação penal ou de improbidade administrativa contra o responsável pelo ilícito;
h) cópia das notificações de cobranças expedidas em relação ao responsável pelos danos, para o efeito de:
    I – recolhimento do débito atualizado monetariamente, a partir da data do fato gerador até o efetivo recolhimento;
    II – apresentação de prestação de contas ou devolução dos recursos recebidos, atualizados monetariamente, a contar da data do fato gerador até o seu efetivo recolhimento;
    III – reposição do bem, em se tratando de bens, ou da importância equivalente ao preço de mercado à época do efetivo recolhimento, levando-se em consideração o seu estado de conservação;
i) comprovantes de recolhimento parcial do débito.

Nos casos em que a cobrança não obtiver resultado positivo, convém a anexação ao processo de tomada de contas especial dos seguintes documentos:

a) solicitação encaminhada ao Departamento da Receita Pública Estadual, da Secretaria da Fazenda, para que se proceda à inscrição em dívida ativa dos valores referentes ao dano apurado, no caso da Administração Direta, das autarquias e das fundações de direito público, ou ao setor jurídico competente, nos casos das entidades de direito privado da Administração Indireta. É importante observar que o processo de solicitação de inscrição em dívida ativa deve estar instruído de acordo com as disposições contidas no capítulo XIV, do título III, da Instrução Normativa DRP nº 045/98;
b) solicitação dirigida ao órgão de contabilidade para a inscrição do débito em conta de responsáveis ou devedores e, conforme o caso, para a respectiva inscrição do devedor no Cadastro Informativo – CADIN/RS.

23.4.3 Prazo de Entrega e Julgamento

O prazo de entrega do relatório de tomada de contas especial ao Tribunal de Contas do Estado é de 90 dias, contados da data da impugnação. O descumprimento do prazo determinado importará em responsabilidade solidária com o autor do dano ou da irregularidade.

Considera-se como data da impugnação aquela em que:

a) o administrador tomar ciência da omissão ou do ato praticado por agentes subordinados; ou
b) o responsável pelo sistema de controle interno tomar ciência da determinação do Tribunal de Contas.

De posse do processo de tomada de contas especial, devidamente instruído e com manifestação do Órgão de Controle Interno, o Tribunal de Contas decidirá considerando os mesmos termos da tomada de

contas do exercício ou gestão (artigos 99 a 102 do Regimento Interno do TCE), podendo, ainda, determinar a repercussão nas contas do administrador, além de outras providências que entender cabíveis.

23.5 PERGUNTAS E RESPOSTAS

1. Como deve proceder ao administrador ao ser cientificado pela CAGE de que a realização de uma despesa ou a prática de determinado ato implicará apontamento no relatório de tomada de contas de sua gestão?

O administrador deve reavaliar a situação apresentada, adotando providências imediatas para sanar as irregularidades, ou pedir o reexame da matéria em outra instância da própria CAGE quando a questão for de natureza interpretativa ou envolver a uniformização de procedimentos no âmbito do órgão central do sistema de controle interno. Mantida a discordância com o apontamento da CAGE, o administrador, em cumprimento ao princípio da motivação, deve instruir o processo com as justificativas cabíveis que, posteriormente, quando do julgamento das suas contas, poderão embasar sua defesa perante o TCE.

A Lei 10.683/96 assegurar ao gestor o acesso a informações e esclarecimentos após a sua saída do órgão ou da entidade que administrava, de modo a poder instruir adequadamente sua eventual defesa a pedidos de esclarecimentos ou a recursos perante aquele egrégio Tribunal. Contudo, é conveniente que o administrador acompanhe particularmente a atuação dos órgãos de controle interno e externo, fornecendo-lhes – tempestivamente – os documentos e as justificativas solicitadas. Se for o caso, recomenda-se a constituição de um *dossiê* com relatos das suas razões de decidir, para o caso de, após alguns anos, as questões correspondentes a essas decisões forem novamente suscitadas, seja pelos seus sucessores, seja pelos próprios órgãos de controle.

2. Por intermédio de que documentos a CAGE cientifica o administrador da possibilidade de apontamento no relatório de tomada de contas da sua gestão?

Conforme dispõe o Decreto nº 50.063/13, a CAGE dá ciência ao administrador de possíveis apontamentos em sua tomada de contas por intermédio de Informação inserida em processo administrativo ou mediante outros documentos como, por exemplo, o Comunicado e a Notificação.

3. A quem cabe a responsabilidade, no âmbito do processo de tomada de contas especial, pelo cálculo da atualização monetária dos valores a serem devolvidos ao erário, bem como do arbitramento do valor do bem a ser reposto?

O cálculo da atualização monetária, bem como o arbitramento do valor do bem a ser reposto constituem responsabilidade do administrador, com a anuência do Órgão de Controle Interno.

4. Como se determina a data do fato gerador para fins de atualização monetária dos valores a serem devolvidos ao erário?

Considera-se como data do fato gerador, para fins de atualização dos valores a serem ressarcidos ao erário:

I – no caso de omissão de prestação de contas, a data do recebimento do numerário pelo responsável por sua aplicação;

II – quando se tratar de glosa em virtude de impugnação de despesas indevidamente efetuadas, o dia em que a despesa foi paga, e

III – quando se tratar de qualquer outro débito, a data da sua origem.

24. ADIANTAMENTO DE NUMERÁRIO

Sumário: 24.1 Definição e Considerações Gerais - **24.2** Legislação - **24.3** Despesas Permitidas - **24.4** Condições para a Concessão e Limites Máximos - **24.5** Aplicação do Numerário - **24.6** - Prestação de Contas - **24.7** Penalidades e Baixa de Responsabilidade - **24.8** Perguntas e Respostas.

24.1 DEFINIÇÃO E CONSIDERAÇÕES GERAIS

O adiantamento de numerário constitui-se em um regime de realização da despesa pública, previsto no artigo 68 da Lei Federal n° 4.320/64, aplicável para casos de despesas expressamente definidas em lei. Consiste na entrega de numerário a um servidor previamente escolhido, sempre precedido de empenho na dotação própria, para o fim de realizar despesas que não possam subordinar-se ao processo normal de aplicação.

A realização da despesa pública, no chamado processo normal de aplicação e nos termos da Lei Federal nº 4.320/64, passa necessariamente pelo cumprimento de três fases/etapas, a saber: o empenho, a liquidação e o pagamento, todas de observância obrigatória e na referida ordem sequencial. Essa regra, entretanto, apresenta exceção, em se tratando da hipótese de despesas que não podem "subordinar-se ao processo normal de aplicação" (Artigo 68, da Lei Federal nº 4.320/64), sob pena de prejuízo ao interesse público ou de dano irreparável ao erário ou a pessoas.

Assim, o regime de adiantamento de numerário foi criado para viabilizar a execução de despesas que – por sua característica de reduzida materialidade ou em razão de situações urgentes – estariam por prejudicadas se cumprissem o rito normal de processamento do gasto público. A realização de despesa por meio desse regime é, portanto, uma excepcionalidade, devendo ser encarada sempre dessa forma; nunca como uma regra.

A despesa urgente corresponde a um caso típico de gasto que não pode submeter-se ao processo normal de despesa, expondo o responsável, se tal procedimento não for adotado, às consequências de causar um eventual prejuízo a pessoas, bens ou serviços públicos essenciais, podendo, portanto, ser atendida por meio do regime de adiantamento. Outro exemplo é a chamada pequena despesa de pronto pagamento, cujo custo do processamento da despesa não justifica a emissão de um empenho específico para a realização de um gasto de valor insignificante.

De acordo, porém, com o artigo 68 da lei que criou esse regime (Lei Federal nº 4.320/64), não basta a despesa revestir-se das suprarreferidas características; elas devem estar expressamente definidas como tal em lei específica de cada esfera de governo. Sob o ponto de vista contábil, a diferença entre as despesas realizadas sob o regime de adiantamento e as demais é o fato de aquelas serem contabilizadas nas rubricas próprias no ato da entrega do numerário ao servidor, ocorrendo, portanto, nesse momento a consumação das três fases da despesa.

24.2 LEGISLAÇÃO

- Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964 (artigos 68 e 69)
- Lei Estadual nº 10.066, de 17 de janeiro de 1994
- Lei Estadual nº 10.282, de 04 de outubro de 1994
- Decreto Estadual nº 35.706, de 14 de dezembro de 1994
- Ordens de Serviço do Governador do Estado nº 37/1995-1998 e nº 41/1995-1998
- Circular CAGE nº 01/1996

24.3 DESPESAS PERMITIDAS

As despesas passíveis de serem realizadas pelo regime de adiantamento de numerário, conforme o artigo 3º da Lei nº 10.282/94, são as seguintes:

- urgentes, que não comportem delongas quanto ao pagamento, sob pena de causar prejuízo ao erário ou perturbar o atendimento o atendimento dos serviços públicos;
- efetuadas em decorrência de calamidade pública, quando declarada pelo chefe do poder executivo, nos termos da legislação vigente;
- pequenas, de pronto pagamento;
- com inscrição em cursos, congressos ou outros eventos de mesma natureza, em que o prévio pagamento seja condição para a sua aceitação;
- com transporte de pessoal;
- com combustíveis e lubrificantes;
- com serviços de presos e internados;
- com serviços sazonais, nos casos em que o pagamento, através da rede bancária, não for indicado.

As solicitações de adiantamento de numerário para a realização de despesas urgentes ou com serviços sazonais deverão estar acompanhadas de justificativa do ordenador de despesa, bem como, no caso de solicitações de órgãos e entidades do Poder Executivo, de manifestação da Subsecretaria do Tesouro do Estado da Secretaria da Fazenda – SEFAZ. Para as demais despesas passíveis de realização por adiantamento de numerário, recomenda-se que também sejam descritas as razões que impedem a subordinação ao processo normal de realização da despesa.

24.4 CONDIÇÕES PARA A CONCESSÃO E LIMITES MÁXIMOS

A primeira condição para a concessão do adiantamento de numerário consiste na exigência de que o destinatário do adiantamento detenha a condição de servidor público em exercício, isto é, o referido não pode estar de férias, licença ou afastado. Outra condição é a de que o servidor, beneficiário do adiantamento de numerário, não tenha sido considerado em alcance. Cumpre esclarecer que se considera em alcance o servidor que:

- possuir prestação de contas com ressalva;
- não tenha prestado contas do recurso adiantado no prazo legal;
- não tenha recolhido os valores glosados ou as multas por atraso;
- tenha utilizado o numerário para outros fins que não os previstos na respectiva requisição de adiantamento.

Igualmente, será considerado em alcance o ordenador de despesa que, no prazo máximo de cinco dias, não providenciar a remessa da prestação de contas ao órgão encarregado de emitir parecer sobre ela, não notificar o responsável para que este recolha o valor correspondente ao seu débito, bem como não lhe aplicar a multa prevista no artigo 8º da Lei Estadual nº 10.282/94.

Existem outras condições exigidas pela legislação e que devem ser observadas para a concessão de um adiantamento de numerário a servidor. Desse modo, não se fará adiantamento de numerário a servidor que:

- tenha adiantamento sob sua responsabilidade, contendo parecer com ressalva;
- seja responsável por dois adiantamentos, de forma que não poderá receber um terceiro adiantamento sem prestar contas do adiantamento anterior;
- esteja por se afastar do serviço, seja qual for o motivo, dentro do prazo de comprovação do adiantamento;
- esteja respondendo a processo administrativo-disciplinar.

Outra exigência refere-se ao devido cadastramento do responsável pelo adiantamento no Cadastro de Credores no Sistema AFE/FPE da CAGE.

Para a concessão do adiantamento de numerário, faz-se necessária também a expedição pelo ordenador de despesa da chamada requisição do adiantamento de numerário, que deverá conter as seguintes especificações:

- nome, matrícula, cargo, função, remuneração do cargo e/ou função, repartição, número do CPF e endereços residencial e profissional do servidor a quem deve ser feito o adiantamento;
- número da conta corrente (poderes públicos), banco e agência para o depósito;
- programação dos gastos à conta de recursos solicitados;
- prazo de aplicação e de prestação de contas, obedecido o limite máximo de 30 dias;

- importância a ser adiantada, em algarismos e por extenso;
- indicação do projeto ou da atividade, com a respectiva classificação econômica da despesa e o código do recurso financeiro;
- discriminação dos materiais a serem adquiridos ou dos serviços a serem prestados;
- descrição das razões que impedem a subordinação ao processo normal de realização da despesa pública;
- menção expressa do enquadramento da despesa nas hipóteses permitidas pela legislação;
- justificativa, se for o caso, quanto às despesas urgentes ou com serviços sazonais;
- declaração do ordenador de despesa de que o servidor não está impedido de receber adiantamento, conforme disposto no artigo 7º do Decreto Estadual nº 35.706/94;

Os limites máximos permitidos pela legislação para a concessão de adiantamento de numerário são os seguintes:

a) quando se tratar de despesas pequenas de pronto pagamento, corresponderá ao valor limite para dispensa de licitação de compras e serviços (exceto de engenharia), atualmente fixado em R$ 8.000,00, não podendo o valor máximo para cada documento fiscal dessa rubrica ser superior a R$ 400,00;
b) quando se referir a adiantamento para outras despesas, corresponderá ao valor limite para a modalidade convite de compras e serviços (exceto de engenharia), que atualmente é de R$ 80.000,00.

Ressalte-se, ainda, que nenhum servidor poderá receber adiantamento cuja soma seja superior a 30 vezes o valor da remuneração do cargo e/ou da função do responsável, excluídas as vantagens temporais, considerando-se o valor total do adiantamento e, como exceção, somente os casos autorizados expressamente por autoridade máxima de cada Poder, normalmente configurados como situações de calamidade pública. Cumpre destacar que a utilização do regime de adiantamento de numerário não afasta a obrigatoriedade de se realizar procedimento licitatório, conforme previsto na Lei Federal nº 8.666/93.

24.5 APLICAÇÃO DO NUMERÁRIO

O depósito do recurso recebido, a título de adiantamento, será realizado em banco oficial do Estado (no caso, o BANRISUL S.A.), ou, na falta deste, em outro banco, preferencialmente os da União, em nome do servidor, sob o título de Poderes Públicos.

O recurso não poderá ser transferido para outra pessoa, ou para uma conta pessoal do servidor, ou, ainda, de uma conta corrente para outra, sem autorização expressa do órgão fazendário, ou seja, da SEFAZ. A realização da despesa e os respectivos pagamentos somente poderão ser efetuados a partir da data do depósito em conta corrente, isto é, da data do crédito constante no respectivo extrato bancário.

O servidor terá até 30 dias para aplicação do numerário, exceto no mês de dezembro, quando o prazo deverá corresponder ao último dia de expediente bancário. Os pagamentos deverão ser efetuados obrigatoriamente com cheque nominal, sendo admissível por espécie somente para pagamentos de presos e internados ou quando o valor for inferior a R$ 400,00. O responsável pelo adiantamento não poderá pagar a si mesmo, salvo quando legalmente permitido, sob pena de glosa, e os gastos devem obedecer rigorosamente aos valores requisitados e estar dentro da especificação de cada despesa.

Quanto aos comprovantes de despesa, devem ser os mesmos exigidos pela legislação fiscal (nota fiscal): em primeira via, em nome do órgão ou da entidade e sem rasuras, borrões ou ressalvas. É necessário verificar também se o documento possui Autorização para Impressão de Documentos Fiscais – AIDF, não sendo aceitos recibos ou outros comprovantes de pagamento nos casos em que a emissão de nota fiscal seja obrigatória, segundo a legislação fiscal pertinente.

Relativamente a pagamentos a pessoas físicas, deverão constar no documento comprobatório da despesa o seu nome, endereço e número do documento de identidade. Será necessário informar, ainda, o número do CPF, para retenção do Imposto de Renda, quando houver.

24.6 PRESTAÇÃO DE CONTAS

A prestação de contas do adiantamento de numerário será efetuada mediante processo administrativo protocolado no órgão que concedeu o adiantamento, sendo nesse momento registrado no Sistema de Protocolo Integrado – SPI.

O recolhimento do saldo do adiantamento de numerário e a sua correspondente prestação de contas são procedimentos de competência do servidor responsável pelo adiantamento. Cabe, entretanto, essa atribuição ao ordenador de despesa quando aquele não puder efetuá-la em decorrência de fato imprevisto ou de força maior, devidamente justificados.

O prazo para prestação de contas do adiantamento será de até 30 dias, a contar do encerramento do período de aplicação, ou em prazo inferior, fixado pelo ordenador de despesa. Já, para a prestação de contas das aplicações ocorridas até 31 de dezembro, o prazo será até o dia 15 de janeiro do exercício seguinte. Acentue-se, que, caso haja valor não aplicado, este deverá ser devolvido até o último dia do período de aplicação, ou seja, até 30 dias contados da data do crédito em conta corrente, salvo para as aplicações até 31 de dezembro, em que o recolhimento deverá ser feito até o último dia de expediente bancário do exercício financeiro. Já o prazo de remessa do processo de prestação de contas pelo ordenador de despesa à seccional da CAGE, no caso da Administração Direta, ou ao órgão contábil da entidade, se Administração Indireta, é de até cinco dias corridos, a partir da data limite da prestação de contas.

Constatada a não comprovação do recolhimento do saldo do adiantamento no processo de prestação de contas, esse será devolvido e o valor que tiver sido gasto, considerado como não comprovado.

O processo administrativo de prestação de contas de um adiantamento, além da comprovação da observância das normas licitatórias vigentes, deve conter o seguinte:

- cópia da requisição do adiantamento;
- comprovantes originais da despesa, primeira via, emitidos em nome do órgão ou da entidade, visados pelo responsável, dispostos e numerados em ordem cronológica;
- relação dos comprovantes das despesas segundo as respectivas classificações orçamentárias, devidamente datadas e assinadas pelo responsável;
- atestado de recebimento de bens ou de que os serviços foram prestados e aceitos, identificando-se o servidor que forneceu o atestado;
- comprovação, se for o caso, do tombamento dos bens sujeitos ao registro patrimonial;
- comprovação do recolhimento do saldo do adiantamento, das retenções efetuadas (Imposto de Renda e outras) e das receitas financeiras, quando for o caso, e
- extrato completo da conta corrente bancária, devidamente conciliada.

Na Administração Direta, cabem às seccionais da CAGE junto a cada órgão a análise e o parecer sobre as prestações de contas de adiantamento de numerário. Na Administração Indireta, essa competência está afeta ao órgão contábil da respectiva entidade pública.

Por outro lado, havendo necessidade de esclarecimentos adicionais, para efeitos de emissão do parecer sobre a prestação de contas, esses deverão ser solicitados ao ordenador de despesa, o qual deverá providenciá-los no prazo de 10 dias, quando o responsável pelo adiantamento for do seu mesmo domicílio, ou de 30 dias, quando o responsável for de domicílio diferente do seu.

Ainda com referência aos prazos, o ordenador de despesa deverá, em até cinco dias da sua ciência da irregularidade, notificar o responsável pelo adiantamento, que não tiver comprovado a sua aplicação, sobre a obrigatoriedade de efetuar o recolhimento do débito e sobre a aplicação de multa por atraso, tendo este até 30 dias, a contar da data do recebimento da notificação, para efetuar o devido recolhimento.

Quanto à contagem dos prazos, estes se iniciam, para a aplicação do numerário, a partir da data do crédito em conta corrente e, para os demais casos, no dia seguinte à notificação. Caso o último dia coincida com um sábado, um domingo ou um feriado, prevalece o entendimento de que o prazo fica postergado para o primeiro dia útil subsequente, exceto no final do ano, quando o prazo de aplicação corresponderá ao último dia de expediente bancário do mês de dezembro.

24.7 PENALIDADES E BAIXA DE RESPONSABILIDADE

No tocante às penalidades aplicáveis, cumpre referir que serão passíveis de glosa os valores dos adiantamentos aplicados indevidamente, ou seja, em despesas realizadas e não especificadas na requisição de adiantamento ou em despesas realizadas em desacordo com a legislação vigente. Nessa hipótese, os valores devem ser corrigidos desde a data do repasse dos recursos pela variação da Unidade Padrão Fiscal do Rio grande do Sul (UPF/RS) até 1º de janeiro de 2010, incidindo juros simples de 1% ao mês ou fração. A partir de 1º de janeiro de 2010 são utilizados os juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação

e de Custódia – SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, até o mês anterior ao do pagamento, e de 1% (um por cento) no mês de pagamento, conforme previsto na Lei nº 6.537/73 e alterações, por força do artigo 11 da Lei Estadual nº 13.379/10.

A mesma regra, relativa à atualização monetária e à incidência de juros, será aplicável aos saldos remanescentes dos adiantamentos de numerário que não forem gastos ou devolvidos à origem no prazo limite do período de aplicação. E, havendo atraso na entrega de prestação de contas, a multa por esse atraso corresponderá a 1% (um por cento) ao dia, até o máximo de 30% (trinta por cento), sobre o valor do adiantamento atualizado segundo as regras do parágrafo anterior, desde a data do crédito em conta corrente.

No caso de débito de servidor considerado em alcance, é cabível a atualização, calculada de acordo com as mesmas regras supracitadas. Nesse caso, se o servidor em alcance não recolher o débito no prazo de 30 dias contados da data da sua notificação pelo ordenador de despesa ou pelo Tribunal de Contas do Estado – TCE, efetuar-se-á o correspondente desconto em folha de pagamento.

Ao ordenador de despesa considerado em alcance, será aplicada a penalidade de impedimento de ordenação de despesas. Cabe, aqui, referir que o ordenador de despesa será considerado em alcance quando não notificar, no prazo máximo de cinco dias, a contar da ciência da irregularidade, o servidor responsável pelo adiantamento para efetuar o recolhimento do valor correspondente ao seu débito, ou que não lhe aplicar a multa correspondente, ou, ainda, quando encaminhar a prestação de contas à seccional da CAGE ou ao órgão contábil fora do prazo previsto no § 3º do artigo 10 do Decreto Estadual nº 35.706/94. Quanto à eventual débito do ordenador de despesa, deverá ser registrado pela seccional da CAGE ou pelo órgão contábil em conta própria, enquanto pendente de recolhimento.

Na hipótese de a prestação de contas ter sido considerada irregular pela CAGE ou pelo órgão contábil, a baixa da responsabilidade do servidor beneficiário do adiantamento somente poderá ser efetuada quando do retorno do processo de prestação de contas a um desses órgãos, contendo a comprovação do recolhimento da totalidade do débito devido ou a cópia do acórdão do Tribunal de Contas autorizando a baixa.

Quando o ordenador de despesa estiver sujeito a recolhimento de débito no mesmo processo do servidor e não tendo ele (o ordenador) feito tal recolhimento, não caberá a penalização do servidor, o qual, procedido o recolhimento do seu débito, terá a sua responsabilidade baixada.

24.8 PERGUNTAS E RESPOSTAS

1. É permitido que o responsável por adiantamento, em situação excepcional (extrema necessidade ou urgência), realize despesas além do valor do adiantamento creditado em conta corrente? E como regularizar essas despesas?

Em situações excepcionais, quando caracterizada extrema necessidade ou urgência e desde que devidamente justificado o interesse público, admite-se que o servidor, com recursos próprios, realize despesas públicas além do valor do adiantamento concedido. Para esse caso, o valor gasto pelo servidor poderá ser indenizado pelo órgão ou pela entidade, com base no princípio do não enriquecimento ilícito, sendo sugerido o empenho do valor excedente à conta de rubrica específica, criada para fins de registro de despesa com indenizações.

2. Qualquer concessão de adiantamento deve ser previamente justificada ou apenas aquelas destinadas à realização das despesas descritas nas alíneas "a" e "h" do artigo 3º da Lei Estadual nº 10.282/94 e do Decreto Estadual nº 35.706/94?

Na hipótese de todas terem de ser justificadas, no que difere a justificativa do ordenador de despesa (parágrafo único do artigo 3º da Lei Estadual nº 10.282/94 e § 1º do artigo 3º do Decreto Estadual nº 35.706/94) da descrição das razões que impedem a subordinação ao processo normal de pagamento (alínea "h" do artigo 5º do Decreto Estadual nº 35.706/94)?

De acordo com o estabelecido no parágrafo único do artigo 3º da Lei Estadual nº 10.282/94, combinado com o disposto no artigo 5º, alínea "i", do Decreto Estadual nº 35.706/94, entende-se que somente as concessões de adiantamento com fundamento nas alíneas "a" e "h" do artigo 3º da Lei Estadual nº 10.282/94 deverão estar acompanhadas de justificativa do ordenador de despesa, a qual deverá ser especificada na respectiva requisição do adiantamento. Em todos os casos de concessão de adiantamento, todavia, exige-se que o ordenador de despesa, forte no prescrito na alínea "h" do artigo 5º do Decreto Estadual nº

35.706/94, descreva na requisição do adiantamento as razões que impedem a subordinação ao processo normal de pagamento.

3. A multa prevista no artigo 17 do Decreto nº 35.706/94, admite a incidência apenas sobre o saldo não recolhido ou recolhido fora do prazo de aplicação/prestação de contas ou incide sobre o total do prazo do adiantamento concedido?

Deve-se dizer que a multa incidirá sobre o saldo não recolhido no prazo legal, conforme prevê o artigo 7º da Lei 10.282/94, com a redação dada pela Lei 10.832/96.

25. DÍVIDA PÚBLICA

Sumário: 25.1 Definição - **25.2** Legislação - **25.3** Evolução - **25.4** Dívida Fundada - **25.4.1** Dívida Consolidada Líquida - **25.4.2** Dívida Fundada Interna e Externa - **25.4.3** Dívida Fundada Intralimite e Extralimite - **25.4.4** Precatórios - **25.5** Dívida Flutuante - **25.6** Dívida Mobiliária - **25.7** Contrato de Refinanciamento - **25.8** Concessão de Garantia - **25.9** Operação de Crédito - **25.10** Glossário

25.1 DEFINIÇÃO

A dívida pública consiste, em síntese, no conjunto de compromissos financeiros assumidos por um ente público em decorrência da realização de operações de crédito e por força de leis, contratos, convênios ou tratados. A dívida pública, que poderá compreender empréstimos de curto ou de longo prazo, também é representada por títulos emitidos pela União, pelo Banco Central, pelos Estados ou pelos Municípios, quando será denominada de dívida pública mobiliária. Ademais, a dívida pública poderá ser proveniente de outras fontes, tais como depósitos e resíduos passivos.

Em linhas gerais, tem como objetivo atender às necessidades dos serviços públicos, ou viabilizar a cobertura de déficits orçamentários, ou, ainda, realizar empreendimentos de grande vulto, em que se justifica a contratação de um empréstimo ou financiamento de longo prazo.

25.2 LEGISLAÇÃO

– Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988
– Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, de 1989
– Lei Complementar 101 – Lei de Responsabilidade Fiscal, de 04 de maio de 2000
– Lei Federal 4.320, de 17 de março de 1964
– Lei Federal 7.976, de 27 de dezembro de 1989
– Lei Federal 9.496, de 11 de setembro de 1997
– Lei Federal 8.727, de 5 de novembro de 1993.
– Medida Provisória nº 1.514, de 07 de agosto de 1996
– Medida Provisória nº 2.192-70, de 24 de agosto de 2001
– Resolução do Senado Federal nº 40, de 2001
– Resolução do Senado Federal nº 43, de 2001.

25.3 EVOLUÇÃO

Com o refinanciamento da dívida mobiliária do Estado do Rio Grande do Sul junto à União, que a transformou em contratual, o serviço dessa dívida ficou atrelado à Receita Líquida Real – RLR, sendo o percentual de 13% (treze por cento) desta base de cálculo o limite do valor da prestação mensal a ser paga. O pagamento baseado na RLR começou a ser efetuado em novembro de 1998, aumentando sobremaneira o desembolso com o serviço da dívida que, até então, vinha ocorrendo em valores bastante inferiores, em função da rolagem dos títulos públicos.

Durante os anos que se seguiram, houve um acréscimo real no serviço da dívida que não se refletiu na diminuição do saldo devedor; pelo contrário, ocorreu um aumento significativo em valores atualizados pelo IGP-DI/FGV (Índice Geral de Preços-Disponibilidade Interna, da Fundação Getúlio Vargas). Isso se deve ao fato de o percentual correspondente a 13% (treze por cento) da RLR ser insuficiente para o pagamento inte-

gral da prestação mensal, que é o somatório dos juros mais a amortização do principal. Isso gera, ainda, um resíduo que é reincorporado ao saldo devedor e começará a ser pago a partir do trigésimo ano, consoante o plano de amortização do contrato de refinanciamento com a União.

25.4 DÍVIDA FUNDADA

Dívida fundada ou consolidada é o conjunto de compromissos financeiros assumidos pelo Estado, em virtude de leis, contratos ou convênios e decorrentes da realização de operações de crédito para amortização em prazo superior a 12 meses, contraídos para atender ao desequilíbrio orçamentário ou ao financiamento de obras e serviços públicos. Compreende, também, os precatórios judiciais emitidos a partir de 05 de maio de 2000 e não pagos durante a execução do orçamento em que foram incluídos, e as operações de crédito que, embora de prazo inferior a 12 meses, tenham constado como receitas no orçamento.

Segundo Hélio Kohama,

> Dívida Fundada ou Consolidada é aquela que representa um compromisso a longo prazo, de valor previamente determinado, garantida por títulos do governo, que rendem juros e são amortizáveis ou resgatáveis, podendo ou não o seu vencimento ser fixado; é ainda a efetuada através de contratos de financiamentos, sendo o seu pagamento estipulado em prestações parciais (amortizações), distribuídas por certo período de anos.

25.4.1 Dívida Consolidada Líquida

É a dívida consolidada ajustada, mediante redução das disponibilidades de caixa, das aplicações financeiras e dos demais haveres financeiros.

25.4.2 Dívida Fundada Interna e Externa

A dívida fundada ou consolidada divide-se em dois grupos, conforme a origem do empréstimo, a saber: dívida fundada interna e dívida fundada externa.

Assim, a dívida fundada interna trata de um empréstimo realizado no mercado interno do País, com pagamento em moeda nacional, sendo representada por títulos da dívida pública e podendo constituir-se em apólices ou obrigações do Tesouro, por força de lei. Já, a dívida fundada externa é aquela contraída no exterior, resultante de empréstimo, mediante contratos com instituições financeiras ou emissão de títulos públicos, com a obrigação de pagamento do principal e de acessórios em moeda estrangeira.

25.4.3 Dívida Fundada Intralimite e Extralimite

A dívida fundada intralimite é aquela cujo montante de desembolso mensal está compreendido dentro dos limites legais, que correspondem, atualmente, a 13% (treze por cento) da Receita Líquida Real, a exemplo da dívida mobiliária refinanciada. Na dívida fundada extralimite, os dispêndios são realizados acima dos limites, como no caso do Programa de Incentivo à Redução do Setor Público Estadual na Atividade Bancária (PROES).

25.4.4 Precatórios

Precatórios são débitos com origem em sentenças judiciais transitadas em julgado. Quando o Estado se vê compelido ao pagamento de valores por força de uma decisão judicial, esse pagamento, em regra, não ocorre imediatamente, pois é necessário, antes, prover a indispensável dotação orçamentária para essa despesa. Em face disso e de acordo com o artigo 100 da Constituição Federal, a listagem dos precatórios devidos pelo ente governamental deve ser remetida, até julho de cada ano, ao Poder Executivo pelos órgãos do Poder Judiciário. Isso tem por objetivo a sua inclusão no orçamento do exercício seguinte, já que devem ser pagos até o final deste último, com obediência à estrita ordem cronológica de sua apresentação.

A partir de meados dos anos noventa, no entanto, quase todos os Estados e alguns Municípios deixaram de pagar os precatórios, não obstante fizessem sua inclusão no orçamento e os empenhassem regu-

larmente. O não pagamento dos precatórios formou um significativo passivo, o qual, por força do § 7º do artigo 30 da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, passou, inclusive, a onerar os limites da dívida pública consolidada.

No caso do Rio Grande do Sul, esse passivo permaneceu registrado sob a forma de restos a pagar até o advento do regime especial de pagamento de precatórios estabelecido pela Emenda Constitucional nº 62, de 9 de dezembro de 2009. De acordo com esse regime, o Estado optou por pagar anualmente o valor correspondente a, no mínimo, 1,5% (um e cinco décimos por cento) da sua Receita Corrente Líquida. Assim, o excedente desse limite, passou a constituir dívida fundada propriamente dita, mediante conversão do saldo registrado em restos a pagar.

Cabe lembrar, por oportuno, que é obrigatória a identificação dos beneficiários na execução orçamentária e financeira de despesas relativas a sentenças judiciais (LRF, artigo 10). Com a finalidade de permitir essa identificação, a LDO explicita os dados que devem constar na listagem de precatórios que o Poder Judiciário tem de remeter aos órgãos e às entidades devedoras, bem como às Secretarias da Fazenda e do Planejamento e Gestão e à CAGE (LDO para o exercício de 2011, artigo 16).

25.5 DÍVIDA FLUTUANTE

Dívida flutuante é aquela contraída pelo Estado com prazo de vencimento inferior a 12 meses, ou seja, por breve e determinado período de tempo, na condição de gestor de bens de terceiros confiados à sua guarda ou para atendimento de necessidades momentâneas de caixa, cujo pagamento independe de autorização legislativa.

Segundo a Lei Federal nº 4.320/64, compreende os restos a pagar, os serviços da dívida a pagar, os depósitos e os débitos de tesouraria.

Dentre os débitos de tesouraria incluem-se os empréstimos por antecipação de receita orçamentária, os conhecidos "empréstimos ARO", que são operações de crédito de natureza extraorçamentária, cujos encargos (juros, atualização monetária, comissões), porém, têm natureza orçamentária, isto é, devem ser regularmente empenhados. A autorização para a contratação de empréstimos ARO consta na lei orçamentária, como a que, na LOA para 2011, prevê a contratação de até 5% (cinco por cento) da RCL. Embora bastante utilizados em épocas passadas, nos últimos anos, o Estado não tem realizado empréstimos ARO, seja por ter encontrado outras formas mais baratas de financiamento de seu caixa, como, por exemplo, o Sistema de Apoio a Ações Coletivas – SIAC e a utilização parcial de depósitos judiciais, seja por não terem sido mais necessários em razão de a programação financeira estar ajustada ao fluxo das receitas.

25.6 DÍVIDA MOBILIÁRIA

A dívida mobiliária é a dívida pública representada por títulos emitidos pela União, inclusive os do Banco Central do Brasil, pelos Estados e Municípios. Está indexada pela taxa de juros de curto prazo, referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – Selic (taxa Selic).

Atualmente, a dívida mobiliária está concentrada quase toda na União, cabendo à Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda o seu gerenciamento.

25.7 CONTRATO DE REFINANCIAMENTO

A União, no âmbito do Programa de Apoio à Reestruturação e ao Ajuste Fiscal dos Estados, assumiu a dívida pública mobiliária do Estado do Rio Grande do Sul, bem como outras obrigações decorrentes de operações de crédito e de contratos relativos a despesas de investimentos, refinanciando os créditos decorrentes dessa assunção de dívida.

O contrato de refinanciamento, atualmente, está sendo pago em prestações mensais e sucessivas, com base na tabela Price, incidindo juros de 6% (seis por cento) ao ano e atualização monetária pela variação do Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna – IGP-DI. Dentro do Programa de Ajuste Fiscal, foram estabelecidas metas e compromissos referentes à dívida financeira em relação à receita líquida real, ao resultado primário, às despesas com funcionalismo público, à arrecadação de receitas próprias, à privatização, à permissão ou concessão de serviços públicos, à reforma administrativa e patrimonial e às despesas de investimento em relação à receita líquida real.

25.8 CONCESSÃO DE GARANTIA

Concessão de garantia é o compromisso de adimplência de obrigação financeira ou contratual assumido por ente da Federação ou entidade a ele vinculada. Além das exigências previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF para a contratação de operação de crédito, a concessão de garantia dependerá de contragarantia, em valor igual ou superior ao montante garantido, e da adimplência do ente público com relação às suas obrigações junto ao garantidor.

É comum que, para avalizar os empréstimos externos tomados pelo Estado, a União exija contragarantias sob a forma de vinculação da receita de impostos e transferências, conforme prevê o § 4º do artigo 167 da Constituição Federal.

25.9 OPERAÇÃO DE CRÉDITO

Operação de crédito é o compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros.

A validade das operações de crédito está condicionada:

- ao atendimento das condições e dos limites estabelecidos pelo Senado Federal;
- à prévia e expressa autorização legislativa, inclusive no que concerne às garantias e contragarantias a serem oferecidas;
- à manifestação dos órgãos técnicos e jurídicos competentes, como, por exemplo, da Secretaria do Tesouro Nacional – STN, do Banco Central do Brasil e da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional;
- à autorização do Senado Federal, quando se tratar de operação de crédito externa.

25.10 GLOSSÁRIO

Dealers: são instituições credenciadas pelo Banco Central do Brasil para realização de operações de compra e venda de moeda estrangeira, selecionadas dentre as autorizadas a operar no mercado de câmbio. Compreendem os *dealers* primários, grupo voltado para os leilões primários e as operações de mercado aberto, e os *dealers* especialistas, focados no mercado secundário.

Default: é o risco de crédito ou de reduções no valor de mercado causado por trocas na qualidade do crédito do emissor ou da contraparte.

Despesas primárias: correspondem ao total das despesas orçamentárias, deduzidas as despesas com juros e amortização da dívida interna e externa, com a aquisição de títulos de capital integralizado e as despesas com concessão de empréstimos com retorno garantido.

Hedge cambial: é o mecanismo operacional possível no pregão da Bolsa de Mercadorias & Futuro – BM&F, que permite ao devedor ou credor em dólares, em uma determinada data, consolidar um determinado valor de conversão de "reais x dólar", mediante a compra ou venda de dólar comercial futuro.

Mercado primário: compreende o lançamento de novas ações no mercado, com aporte de recursos à companhia. Uma vez ocorrendo o lançamento inicial no mercado, as ações passam a ser negociadas no chamado mercado secundário.

Mercado secundário: significa o mercado em que os investidores ou acionistas transacionam ações de sua titularidade; ou seja, é o mercado em que é possível comprar e vender ações já emitidas e em circulação.

Operações de *swap*: são compras de câmbio a vista, vinculadas à venda futura, servindo para proteger empresas de flutuações cambiais de moeda estrangeira. Na modalidade com cobertura *hedge*, visam a evitar prejuízos para empresas com dívidas em moedas estrangeiras, as quais podem sofrer grande oscilação de valores.

Receita Líquida Real: é a receita realizada nos 12 meses anteriores ao mês imediatamente anterior àquele em que se estiver apurando, excluídas as receitas provenientes de operações de crédito, de alienação de bens, de transferências voluntárias ou de doações recebidas com o fim específico de atender a despesas de capital e, no caso dos Estados, as transferências aos Municípios por participações constitucionais e legais.

Receitas primárias: correspondem ao total das receitas orçamentárias, deduzidas as operações de crédito, as provenientes de rendimentos de aplicações financeiras e retorno de operações de crédito (juros e amortizações), o recebimento de recursos oriundos de empréstimos concedidos e as receitas de privatizações.

Resultado nominal: para a apuração do resultado nominal, deve-se acrescentar ao resultado primário os valores pagos e recebidos de juros nominais relativamente ao sistema financeiro, ao setor privado não financeiro e ao exterior. Desse modo, esse resultado indica, efetivamente, o montante de recursos que o setor público necessitou captar junto ao sistema financeiro, ao setor privado e ao resto do mundo para a realização de suas despesas orçamentárias.

Resultado primário: procura medir o comportamento fiscal do Governo no período, representando a diferença entre a arrecadação de impostos, as taxas, as contribuições e outras receitas inerentes à função arrecadadora do Estado, excluindo-se as receitas de aplicações financeiras e as despesas orçamentárias do Governo no período, exceto as despesas com amortização, juros e encargos da dívida, bem como as despesas com concessão de empréstimos. Em síntese, avalia se o Governo está ou não conduzindo a sua gestão dentro de seus limites orçamentários, ou seja, se está contribuindo para a redução ou a elevação do endividamento do setor público.

Spread: é a diferença entre os juros que a instituição financeira cobra para emprestar o dinheiro e a taxa que ela mesma paga ao captá-lo.

Trade-off: compreende a relação entre o risco e o custo esperado, que envolvem as decisões relativas à escolha de diferentes instrumentos para financiamento da dívida.

26. CADIN/RS

Sumário: 26.1 Definição e Considerações Gerais - **26.2** Legislação - **26.3** Requisitos - **26.3.1** Pendências Incluídas no CADIN/RS - **26.3.2** Impedimentos do CADIN/RS - **26.3.3** Não Aplicação dos Efeitos do CADIN/RS - **26.3.4** Inclusão e Exclusão - **26.3.5** Suspensão - **26.3.6** Consulta ao Cadastro - **26.4** Encontro de Contas - **26.5** Responsabilidades.

26.1 DEFINIÇÃO E CONSIDERAÇÕES GERAIS

O Cadastro Informativo – CADIN/RS das pendências perante órgãos e entidades da Administração Pública Estadual é um banco de dados no qual se encontram registrados os nomes de pessoas físicas e jurídicas em débito ou com pendências relacionadas aos órgãos e às entidades estaduais.

O CADIN/RS é administrado pela Contadoria e Auditoria-Geral do Estado – CAGE, que utiliza o Sistema de Administração Financeira do Estado – AFE ou o Sistema de Finanças Públicas do Estado – FPE para centralizar as informações oriundas dos cadastros próprios dos órgãos e das entidades da Administração Pública Estadual. Participam do CADIN/RS todos os órgãos da Administração Direta, além das autarquias, fundações e sociedades de economia mista, incluindo suas controladas, sendo cada um desses entes o responsável exclusivo pelas informações fornecidas ao Cadastro.

O Cadastro Informativo surgiu da necessidade de haver um instrumento que propiciasse ao Estado do Rio Grande do Sul a obtenção, de forma centralizada, de informações a respeito dos débitos e das pendências de pessoas físicas e jurídicas perante a Administração Pública Estadual, com vistas a, precipuamente, resguardar as finanças públicas estaduais e evitar repasses de recursos públicos e concessão de incentivos fiscais a pessoas físicas e jurídicas que tivessem pendências para com o Estado.

As informações contidas no CADIN permitem à Administração Pública Estadual uniformizar os procedimentos relativos à concessão de crédito, garantias, incentivos fiscais e financeiros, bem como à celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos, de modo a favorecer a gestão seletiva dos recursos existentes.

26.2 LEGISLAÇÃO

- Lei Estadual nº 10.697, de 12 de janeiro de 1996
- Lei Estadual nº 10.770, de 23 de abril de 1996
- Lei Estadual nº 11.602, de 11 de abril de 2001
- Lei Estadual nº 11.636, de 30 de maio de 2001
- Lei Estadual nº 13.011, de 10 de julho de 2008
- Decreto Estadual nº 36.888, de 02 de setembro de 1996
- Decreto Estadual nº 38.135, de 23 de janeiro de 1998
- Decreto Estadual nº 40.252, de 21 de agosto de 2000
- Ordem de Serviço da Governadora do Estado nº 06, de 14 de outubro de 2009
- Instrução Normativa CAGE nº 04, de 05 de novembro de 1996
- Instrução Normativa CAGE nº 04, de 06 de agosto de 1997
- Instrução Normativa CAGE nº 01, de 31 de agosto de 2001
- Instrução Normativa CAGE/DRP nº 01, de 24 de junho de 2002

26.3 REQUISITOS

26.3.1 Pendências Incluídas no CADIN/RS

As pendências passíveis de inclusão no CADIN/RS são as seguintes:

a) obrigações pecuniárias vencidas e não pagas:
- tributárias: há mais de 60 dias;
- demais obrigações: há mais de 30 dias;

b) a ausência de prestação de contas, já exigível em razão de disposição legal ou cláusula de convênio, acordo ou contrato;

c) a não comprovação do cumprimento de dispositivo constitucional ou legal, quando a lei ou cláusula do convênio, acordo ou contrato exigirem essa comprovação.

No caso das pendências pecuniárias, é obrigatória a inclusão no Cadastro Informativo das obrigações cujo somatório dos valores atualizados para uma mesma pessoa física ou jurídica seja superior ao limite estabelecido no artigo 24, inciso II, da Lei Federal n° 8.666/93.

A inclusão no CADIN/RS de Municípios ou órgãos municipais pela ausência de prestação de contas deve ser precedida de prévia comunicação pela Secretaria da Fazenda. Quando a pendência não for incluída de forma automática pelas transações da execução orçamentária, o ordenador de despesa deve providenciar a respectiva comunicação da inclusão ao Município, com antecedência mínima de 15 dias.

26.3.2 Impedimentos do CADIN/RS

A existência de registro no CADIN/RS impede os órgãos e as entidades da Administração Pública Estadual de realizarem os seguintes atos:
- concessão de auxílios e contribuições;
- concessão de incentivos fiscais e financeiros;
- celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam o desembolso, a qualquer título, de recursos financeiros;
- concessão de empréstimos e financiamentos, bem como de garantias de qualquer natureza;
- repasse de valores de convênio ou de contrato de financiamento.

26.3.3 Não Aplicação dos Efeitos do CADIN/RS

Não se aplicam os impedimentos gerados por registro no CADIN/RS:
- à concessão de auxílios a Municípios atingidos por calamidade pública ou em situação de emergência, devidamente reconhecidas em decreto;
- às operações destinadas à regularização das pendências já inscritas ou que sejam passíveis de inscrição no CADIN/RS;
- aos repasses efetuados à conta da descentralização de ações a Municípios cuja responsabilidade pela execução seja do Estado;
- à pessoa física ou jurídica responsável pela pendência perante a Administração Pública Estadual quando tiver ajuizado ação com o objetivo de discutir a natureza da obrigação ou o seu valor, desde que oferecida garantia idônea e suficiente ao juízo, na forma da lei;
- aos repasses efetuados aos Municípios relativos à merenda escolar;
- à exigibilidade da pendência objeto do registro quando esta for suspensa nos termos da lei;
- à pessoa física ou jurídica que comprovar a entrega da prestação de contas a que estiver obrigada e esta não tiver sido examinada pelo órgão competente;
- à pessoa jurídica de direito público interno responsável por obrigação vencida que comprovar a posse de créditos vencidos junto a órgãos ou entidades da Administração Pública Estadual e formalizar o pedido de encontro de contas ao Secretário de Estado da Fazenda, enquanto não apreciado o pedido;
- ao responsável por obrigação vencida, quando for pessoa jurídica de direito público interno, na condição de garantidora de operações de crédito internas ou externas, nos termos da Lei Complementar Federal n° 101/00, desde que presente o interesse público, a critério da Secretaria da Fazenda.

Os impedimentos decorrentes de pendências junto ao CADIN/RS, nos termos da Lei Estadual nº 13.011/08, também não geram efeitos para transferência de recursos estaduais aos Municípios destinados à execução de ações nas áreas da assistência social, da educação e da saúde. Para essas transferências, o Município não pode ter pendências referentes à ausência de prestação de contas de recursos recebidos em cada uma dessas três áreas citadas.

26.3.4 Inclusão e Exclusão

A inclusão de pendências no CADIN/RS pode ocorrer de forma automática ou manual. Será automática quando o registro for gerado a partir do cálculo do vencimento do prazo de prestação de contas efetuado pelo sistema AFE/FPE ou por integração de arquivos (casos da CORSAN e da CEEE). O registro será manual quando for incluído por um operador do sistema, como, por exemplo, no caso do cumprimento de determinações judiciais.

De outro lado, a pendência incluída no Cadastro será excluída deste nas seguintes situações:

- definitivamente, quando houver a sua quitação;
- temporariamente, mediante a suspensão do registro.

26.3.5 Suspensão

A suspensão consiste em tornar o registro da pendência "invisível" à consulta dos usuários, porém, sem excluí-lo do Cadastro. Vigora por prazo determinado, o qual não poderá ser superior a 90 dias, contados da data de sua efetivação.

As pendências registradas no CADIN/RS poderão ter seus efeitos suspensos quando ocorrer alguma das seguintes hipóteses:

- a pessoa física ou jurídica houver ajuizado ação com o objetivo de discutir a natureza ou o valor da pendência, desde que oferecida garantia idônea e suficiente ao juízo, na forma da lei;
- a exigibilidade da pendência objeto do registro for suspensa por determinação legal.
- a pessoa física ou jurídica comprovar a entrega da prestação de contas a que estiver obrigada e esta ainda não tiver sido examinada pelo órgão competente;
- a pessoa jurídica de direito público interno responsável por obrigação vencida comprovar a posse de créditos vencidos junto a órgãos ou entidades da Administração Pública Estadual e formalizar pedido de encontro de contas ao Secretário de Estado da Fazenda, enquanto não apreciado o pedido.

Verificada alguma das hipóteses de suspensão anteriormente descritas, caberá procedê-la, o que poderá ser efetuado de três formas, denominadas de tipos de suspensão, e nos seguintes termos:

- determinada, de ofício, pelo dirigente máximo do órgão ou da entidade, ou, acolhendo requerimento fundamentado do interessado, nas situações em que a pessoa física ou jurídica tiver ajuizado ação com o objetivo de discutir a natureza da obrigação ou o seu valor, com o oferecimento de garantia idônea e suficiente ao juízo, na forma da lei, ou, ainda, nos casos em que esteja suspensa a exigibilidade do crédito objeto do registro, nos termos da lei;
- efetuada pelo responsável pela emissão do parecer final sobre a prestação de contas, quando o interessado comprovar ter protocolado o respectivo processo junto ao órgão ou à entidade aos quais deve apresentá-la;
- realizada pela Contadoria e Auditoria-Geral do Estado – CAGE, quando a pessoa jurídica de direito público interno, responsável por obrigação vencida, formalizar pedido de encontro de contas e este estiver sendo apreciado.

26.3.6 Consulta ao Cadastro

Segundo a legislação reguladora da matéria, constitui-se obrigatória a consulta prévia ao CADIN/RS, pelos órgãos e pelas entidades da Administração Pública Estadual, nos seguintes casos:

- concessão de auxílios e contribuições;
- concessão de incentivos fiscais e financeiros;
- celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam desembolso, a qualquer título, de recursos financeiros;
- concessão de empréstimos, financiamentos e garantias de qualquer natureza;
- repasse de parcela de convênio ou contrato de financiamento, quando o desembolso ocorrer de forma parcelada.
- liquidação da despesa de origem contratual, forte no disposto na Ordem de Serviço da Governadora do Estado nº 06/09, para fins de comprovação do cumprimento da relação contratual estabelecida, nos termos do disposto no artigo 55, inciso XIII, da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

De outra parte, a consulta ao Cadastro poderá ser dispensada nas seguintes situações:
- repasses determinados por dispositivos constitucionais;
- repasses efetuados à conta do Plano Básico de Ações de Mútua Colaboração, criado pela Lei Estadual nº 10.388/95, regulamentada pelo Decreto Estadual nº 36.009/95;
- concessão de auxílios a Municípios atingidos por calamidade pública ou em situação de emergência, reconhecidas pelo Estado;
- operações destinadas à regularização das pendências objeto do registro no CADIN/RS;
- transações entre órgãos e entidades da Administração Pública Estadual;
- transações cujo valor a ser desembolsado seja inferior ao limite estabelecido no artigo 24, II, da Lei Federal n° 8.666/93.

26.4 ENCONTRO DE CONTAS

Mediante o chamado "encontro de contas", previsto na alínea "i" do parágrafo único do artigo 3º da Lei Estadual nº 10.697/96, é permitida a regularização de pendências de natureza pecuniária de Municípios e demais pessoas jurídicas de direito público interno registradas no CADIN/RS.

No "encontro de contas" serão computados:
- as pendências ativas de natureza pecuniária da entidade requerente registrada no Cadastro, em sua totalidade, inclusive as que decorram de ausência de prestação de contas relativas a repasses de recursos financeiros;
- os créditos vencidos, devidamente comprovados, indicados pelo requerente ou, quando não houver a discriminação destes ou eles forem insuficientes para compensar os débitos, os demais créditos de natureza pecuniária da entidade requerente, dando-se preferência àqueles registrados na Administração Direta, bem como observando-se a ordem cronológica de exigibilidade;
- os débitos e os créditos reciprocamente reconhecidos entre entidades estaduais.

26.5 RESPONSABILIDADES

Será pessoalmente responsabilizado o dirigente de órgão ou entidade que:
- deixar de consultar previamente o CADIN/RS nos casos em que essa consulta for obrigatória;
- determinar a tramitação de processos que tenham registro no CADIN, que se referirem:
    a) à concessão de auxílios e contribuições, de incentivos fiscais e financeiros, de empréstimos e financiamentos e de garantias de qualquer natureza;
    b) à celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam desembolso de recursos financeiros;
    c) ao repasse de parcela de convênio ou contrato de financiamento, quando o desembolso ocorrer de forma parcelada, sem comunicar o fato à pessoa física ou jurídica responsável pela pendência, entregando-lhe o comprovante da consulta;
- determinar a retomada da tramitação de processo que houver sido sustada em razão de registro no CADIN/RS, sem a quitação da pendência e sua correspondente retirada do registro no Cadastro, ou a suspensão da pendência nesse instrumento;
- não providenciar a retirada do registro no CADIN/RS de pendência já regularizada;
- não providenciar a suspensão do registro no Cadastro nos casos em que esta couber;
- não efetuar o cancelamento da suspensão do registro no CADIN/RS quando não mais persistirem as condições que a determinaram;
- não providenciar a atualização tempestiva das informações relativas às pendências do seu órgão ou da sua entidade passíveis de registro no CADIN/RS;
- utilizar ou divulgar informações registradas no CADIN/RS para fins outros que não os previstos no Decreto Estadual nº 36.888/96 ou que acarretem prejuízos a terceiros;
- inviabilizar ou prejudicar, por ação ou omissão, a operacionalização, o funcionamento e a finalidade do CADIN/RS.

27. CFIL/RS

Sumário: 27.1 Definição e Considerações Gerais - **27.2** Legislação - **27.3** Requisitos - **27.3.1** Hipóteses de Inclusão no CFIL/RS - **27.3.2** Obrigatoriedade da Consulta - **27.4** Responsabilidades - **27.5** Penalidades - **27.5.1** Suspensão Temporária de Licitar e Contratar - **27.5.2** Declaração de Inidoneidade - **27.6** Procedimentos e Operacionalização - **27.7** Fluxograma - **27.8** Perguntas e Respostas.

27.1 DEFINIÇÃO E CONSIDERAÇÕES GERAIS

O Cadastro de Fornecedores Impedidos de Licitar e Contratar com a Administração Pública Estadual – CFIL/RS, instituído pela Lei Estadual nº 11.389, de 25 de novembro de 1999, constitui-se em um banco de dados no qual se encontram registrados os nomes de fornecedores – pessoas físicas e jurídicas –, englobando diretores, sócios ou controladores, que se encontram impedidos de licitar e contratar com os órgãos e as entidades da Administração Pública Estadual. As informações contidas no CFIL/RS objetivam evitar que a Administração Pública licite ou contrate com "maus" fornecedores, na medida em que contêm a relação de todos aqueles que descumpriram obrigações contratuais, praticaram atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação ou sofreram condenação definitiva pela prática, com dolo, de fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos.

Nesse contexto, na Lei Estadual nº 11.389/99 (artigo 13), há determinação de que todos os editais de licitação e termos de contrato façam referência, expressamente, em seu preâmbulo, à sujeição às disposições da citada lei do CFIL/RS. O CFIL/RS abrange os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e o Ministério Público, englobando a Administração Direta e Indireta, constituindo-se em mais um instrumento de controle colocado à disposição dos gestores para assegurar a eficiência, a eficácia e a economicidade na aplicação dos recursos públicos.

A Contadoria e Auditoria-Geral do Estado – CAGE, nos termos do Decreto Estadual nº 42.250, de 19 de maio de 2003, expediu instruções complementares necessárias à implantação e ao funcionamento do CFIL/RS, cabendo à divisão competente administrar, gerenciar e disponibilizar, por meio do sistema FPE/AFE da CAGE e pela internet, as informações do referido Cadastro.

27.2 LEGISLAÇÃO

- Lei Estadual nº 11.389, de 25 de novembro de 1999
- Decreto Estadual nº 42.250, de 19 de maio de 2003
- Instrução Normativa CAGE nº 02, de 1º de agosto de 2003.

27.3 REQUISITOS

27.3.1 Hipóteses de Inclusão no CFIL/RS

O fornecedor, pessoa física ou jurídica, que preste serviço, realize obra ou forneça bens, será incluído no CFIL/RS quando:

a) não cumprir ou cumprir parcialmente obrigações decorrentes de contratos firmados com os órgãos e as entidades da Administração Pública Estadual;
b) tiver praticado ato ilícito visando a frustrar os objetivos de licitação no âmbito da Administração Pública Estadual;

c) tiver sofrido condenação definitiva por praticar, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos.

Consideram-se situações passíveis de caracterizarem o descumprimento total ou parcial de obrigação contratual, dentre outras:

a) o não atendimento às especificações técnicas relativas a bens, serviços e obras previstas em contrato;
b) o retardamento imotivado da execução de obra, de serviço, de fornecimento de bens ou de suas parcelas;
c) a paralisação de obra, de serviço ou de fornecimento de bens, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;
d) a entrega de mercadoria falsificada, furtada, deteriorada, danificada ou inadequada para o uso, como se verdadeira ou perfeita fosse;
e) a alteração de substância, de qualidade ou de quantidade da mercadoria fornecida;
f) a prestação de serviços de baixa qualidade.

27.3.2 Obrigatoriedade da Consulta

É obrigatória a consulta prévia ao CFIL/RS em todas as fases do procedimento licitatório, compreendendo:

- a de abertura dos envelopes contendo os documentos para habilitação dos licitantes ou, na ausência deste procedimento, a de abertura dos envelopes de proposta de preços;
- a de homologação e a de adjudicação do objeto da licitação;
- a de assinatura do instrumento de contrato ou de emissão de documento que o substitua, devendo esta consulta ser efetuada também previamente à assinatura dos contratos, bem como nos casos de dispensa ou de inexigibilidade de licitação.

A consulta ao CFIL/RS poderá ser realizada por meio eletrônico, através do sistema FPE/AFE ou do sítio www.sefaz.rs.gov.br, onde estarão disponíveis as devidas informações.

27.4 RESPONSABILIDADES

Quanto à responsabilidade no que diz respeito ao Cadastro de Fornecedores Impedidos de Licitar e Contratar com a Administração Pública Estadual – CFIL/RS, são responsáveis:

a) os servidores que participarem de comissão de licitação ou que forem encarregados de qualquer procedimento licitatório e não consultarem previamente o CFIL/RS, nas situações previstas na legislação, ou que não fizerem constar em ata a ocorrência de prática de ato ilícito, por parte de fornecedor, visando a frustrar os objetivos da licitação, nem a encaminharem ao ordenador de despesa;
b) os servidores operadores do sistema que atuarem no setor de licitações e contratos e que não consultarem previamente o CFIL/RS, ou que não efetuarem a inclusão, a atualização ou a exclusão no CFIL/RS dos casos previstos na legislação;
c) os servidores que atestarem a prestação dos serviços, o recebimento de obra, parcial ou total, ou a entrega de bens e que não fizerem constar em parecer técnico fundamentado a ocorrência de qualquer descumprimento de obrigação contratual, mesmo que parcialmente;
d) os ordenadores de despesa que deixarem de aplicar, nas hipóteses previstas na legislação, a penalidade de suspensão temporária de participação em licitação e de impedimento de contratar com a Administração Pública, bem como não providenciarem a inclusão do fornecedor no CFIL/RS;
e) os ordenadores de despesa que não determinarem a imediata exclusão do fornecedor do CFIL/RS, em razão do saneamento integral da inadimplência contratual ou por força da sua reabilitação nas demais irregularidades praticadas deram origem à inclusão no mencionado Cadastro;
f) as autoridades superiores (Secretários de Estado, dirigentes máximos das entidades da Administração Indireta etc.) competentes pela aplicação da sanção da declaração de inidoneidade do fornecedor para licitar e contratar com a Administração Pública Estadual;

g) a Junta Comercial, na condição de fornecedora dos dados para identificação de fornecedor, diretor, sócio-gerente ou controlador, e
h) o Poder Judiciário, que deverá remeter ao Órgão de Controle Interno do Estado a relação das pessoas físicas e jurídicas que tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meio doloso, fraude fiscal na arrecadação de quaisquer tributos.

Será responsabilizado pessoalmente o dirigente do órgão ou da entidade ou qualquer servidor público, após a instauração de processo administrativo disciplinar, que não observar os preceitos da Lei Estadual nº 11.389/99, e os constantes no Decreto Estadual nº 42.250/03, especialmente nas seguintes situações:

a) deixar de consultar previamente o CFIL/RS nas situações em que essa consulta for obrigatória;
b) não providenciar a inclusão, a atualização ou a exclusão de pessoas no CFIL/RS, nos casos em que essa providência couber;
c) inviabilizar ou prejudicar, por ação ou omissão, a operacionalização, o funcionamento e a finalidade do Cadastro;
d) não providenciar a declaração de inidoneidade e o seu respectivo registro no CFIL/RS.

27.5 PENALIDADES

27.5.1 Suspensão Temporária de Licitar e Contratar

A penalidade de suspensão temporária impedirá o fornecedor de licitar e contratar com a Administração Pública Estadual pelos seguintes prazos:

– **três meses**, nos casos de:

a) alteração de substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;
b prestação de serviços de baixa qualidade;

– **quatro meses**, no caso de descumprimento de especificações técnicas relativas a bens, serviços ou obras previstas em contrato;

– **seis meses**, nos casos de:

a) retardamento imotivado da execução de obra, de serviço, de fornecimento de bens ou de suas parcelas;
b) paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento do bem, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;
c) entrega de mercadoria falsificada, furtada, deteriorada, danificada ou inadequada para o uso, como se verdadeira ou perfeita fosse;

– **24 meses**, nos casos de:

a) praticar ato ilícito visando a frustrar os objetivos de licitação no âmbito da Administração Pública Estadual;
b) sofrer condenação definitiva por praticar, por meio doloso, fraude fiscal no recolhimento de qualquer tributo.

Em se tratando de licitação na modalidade pregão, será observado o prazo definido no artigo 8º, inciso I, do Decreto Estadual nº 42.250/03, que será de até 5 cinco anos.

Registre-se que a sanção de suspensão temporária ensejará a rescisão imediata do contrato pelo ordenador de despesa.

27.5.2 Declaração de Inidoneidade

Será declarado inidôneo, ficando impedido, por tempo indeterminado, de licitar e contratar com a Administração Pública Estadual, o fornecedor que não providenciar a regularização da inadimplência contratual nos prazos estipulados nos incisos I e II do artigo 6º da Lei Estadual nº 11.389/99 e incisos I a V do artigo 8º do Decreto Estadual nº 42.250/03, bem como aquele que não for reabilitado ao final do prazo de dois anos, nos termos do § 2º, inciso II, do artigo 8º do Decreto Estadual nº 42.250/03.

Cabe frisar que, forte no disposto no inciso IV do artigo 87 da Lei Federal nº 8.666/93, a penalidade de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública será mantida somente enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante

a própria autoridade que aplicou a penalidade, cuja reabilitação deverá ser concedida quando o fornecedor contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos causados e cumprir a pena que lhe foi aplicada ou, ainda, em caso de sua absolvição.

27.6 PROCEDIMENTOS E OPERACIONALIZAÇÃO

A implantação e o gerenciamento do CFIL/RS competem à Contadoria e Auditoria-Geral do Estado – CAGE, contudo, a inclusão, a alteração e a exclusão de fornecedores junto ao mencionado Cadastro são de responsabilidade dos ordenadores de despesa de cada órgão ou entidade, ou de seus servidores e empregados devidamente autorizados para tanto.

O ordenador de despesa tomará ciência das situações previstas como passíveis de inclusão no CFIL/RS mediante parecer técnico fundamentado emitido pelo servidor responsável pelo atestado da prestação de serviços, do recebimento da obra, total ou parcial, e da entrega de bens, ou, ainda, responsável pelo recebimento de ata com descrição circunstanciada do ato ilícito assinada por membro integrante da comissão de licitação ou servidor encarregado do procedimento licitatório. Após tomar ciência do parecer técnico ou do teor da ata referidos no parágrafo anterior, o ordenador de despesa notificará imediatamente o ocorrido ao fornecedor, concedendo-lhe o prazo de cinco dias úteis para apresentar a sua defesa.

Na hipótese de a justificativa apresentada pelo fornecedor não ser considerada satisfatória, caberá a aplicação, pelo ordenador de despesa, da penalidade de suspensão temporária de licitar e contratar com a Administração Pública, sendo também de competência do ordenador de despesa a comunicação, no prazo de cinco dias, de tal fato ao fornecedor.

Dessa decisão do ordenador de despesa, caberá recurso a ser interposto no prazo de cinco dias úteis, o qual deverá ser dirigido à autoridade superior, por intermédio do próprio ordenador, que poderá reconsiderar a sua decisão, ou enviar o recurso à esfera superior, devendo, neste caso, tal autoridade decidir no prazo de cinco dias úteis.

Decorrido o prazo do parágrafo anterior e não tendo sido apresentado nem acolhido o recurso, caberá ao ordenador de despesa aplicar ao fornecedor a sanção de suspensão temporária de licitar e contratar com a Administração Pública, providenciando a imediata publicação do respectivo ato no Diário Oficial do Estado, como condição de sua eficácia.

A exclusão de registro no CFIL/RS será efetuada quando ocorrer o saneamento integral da irregularidade contratual ou se houver a reabilitação do fornecedor. O saneamento integral da inadimplência contratual compreende a correção plena da irregularidade que a originou, o ressarcimento total dos prejuízos causados ao órgão ou à entidade contratante, bem como, se for o caso, a quitação da multa aplicada. A reabilitação, prevista para os atos ilícitos ou de fraude fiscal, compreende o integral ressarcimento à Administração Pública Estadual dos prejuízos causados e o cumprimento da pena pelo fornecedor ou, ainda, a sua absolvição.

27.7 FLUXOGRAMA

Para uma melhor visualização do rito necessário para inclusão e exclusão no CFIL/RS, com os respectivos prazos, responsabilidades e ações, é possível ter acesso aos fluxogramas dos processos de descumprimento de obrigações contratuais, dos atos ilícitos visando a frustrar os objetivos de licitação e da condenação definitiva por fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos, no endereço eletrônico da Secretaria da Fazenda: www.sefaz.rs.gov.br.

27.8 PERGUNTAS E RESPOSTAS

1. Quais são os prazos previstos na legislação do CFIL/RS para a prática de determinados atos e procedimentos?

Procedimento/ Ato	Prazos		Responsável
Emissão de parecer ou ata	Três dias	Contados a partir da constatação do ato ilícito ou do descumprimento contratual.	Servidor público responsável pelo atestado da prestação de serviços, de recebimento de obra ou de entrega de bens. Qualquer membro integrante de comissão de licitação ou servidor encarregado de procedimento licitatório.
Intimação	Dois dias	A contar do recebimento do parecer.	Ordenador de despesa
Defesa	Cinco dias úteis	A contar do recebimento da intimação.	Fornecedor
Comunicação de suspensão temporária	Cinco dias	A contar do prazo final para apresentação da defesa pelo fornecedor.	Ordenador de despesa
Recurso	Cinco dias	A contar do recebimento da comunicação.	Fornecedor
Reconsideração	Cinco dias	A contar do recebimento do recurso.	Ordenador de despesa ou Secretário de Estado (Ordenador primário)
Publicação de suspensão temporária	Imediato	Após indeferimento do recurso.	Ordenador de despesa
Inclusão CFIL/RS	Imediato	Na data de publicação no DOE.	Ordenador de despesa ou servidor autorizado
Publicação de inidoneidade	Imediato	Na data-fim da penalidade de suspensão.	Secretário de Estado
Inclusão de inidoneidade no CFIL/RS	Imediato	Na data de publicação no DOE.	Ordenador de despesa
Exclusão CFIL/RS	Imediato	Na data do saneamento ou da reabilitação	Ordenador de despesa

2. Quem são os responsáveis pelas inclusões e exclusões de fornecedores no CFIL/RS?

Cada órgão ou entidade, por intermédio de seus ordenadores de despesa ou servidores autorizados, será o responsável exclusivo pelas informações disponibilizadas no CFIL/RS.

3. Quem é a autoridade competente para proceder a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública Direta?

Nos termos do § 3º do artigo 87 da Lei Federal nº 8.666/93, a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública Direta é de competência exclusiva do Secretário de Estado, que deverá providenciar a sua publicação no Diário Oficial do Estado.

4. Os proprietários, diretores, sócios-gerentes e/ou controladores de pessoas jurídicas também poderão ser penalizados com a suspensão temporária ou declaração de inidoneidade de licitar e contratar com a Administração Pública e, por conseguinte, ter seus nomes incluídos no CFIL/RS?

Sim, os proprietários, diretores, sócios-gerentes e/ou controladores de pessoas jurídicas poderão ser penalizados com a suspensão temporária de licitar e contratar com a Administração Pública Estadual ou com a declaração de sua inidoneidade, tendo os seus nomes incluídos no CFIL/RS.

5. Quando será admissível a exclusão do registro no CFIL/RS?

A exclusão do registro no CFIL/RS somente poderá ser procedida no caso de ocorrer o saneamento da irregularidade contratual praticada pelo fornecedor ou quando de sua reabilitação, na forma da legislação.

6. Como se procede à comprovação da consulta ao CFIL/RS?

A comprovação da consulta efetuada no CFIL/RS ocorre por meio da emissão de comprovante pelo Sistema de Administração Financeira do Estado – AFE, o qual deverá ser juntado ao processo como condição para a sua tramitação à etapa seguinte.

7. O que o servidor ou empregado responsável pelo exame do processo deve fazer nos casos em que houver registro no CFIL/RS?

Quando o servidor responsável pelo exame de determinado processo administrativo tomar ciência de que existe registro no CFIL/RS, deverá abster-se de dar prosseguimento ao expediente, comunicando o fato à pessoa física ou jurídica responsável pela pendência, entregando-lhe o original do comprovante da consulta, mediante recibo, e anexando cópia ao respectivo processo.

28. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Sumário: 28.1 Definição - **28.2** Legislação - **28.3** Sujeitos do Ato de Improbidade - **28.3.1** Sujeito Ativo - **28.3.2** Sujeito Passivo - **28.4** Atos de Improbidade - **28.4.1** Atos que Geram Enriquecimento Ilícito - **28.4.2** Atos que Causam Prejuízo ao Erário - **28.4.3** Atos que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública - **28.5** Sanções - **28.6** Procedimentos - **28.7** Prescrição.

28.1 DEFINIÇÃO

É possível conceituar a improbidade administrativa como a conduta, comissiva ou omissiva, praticada por um agente público, servidor ou não, que importe enriquecimento ilícito, acarrete vantagem patrimonial indevida, cause lesão ao Erário ou atente contra os princípios que orientam a atuação da Administração Pública.

28.2 LEGISLAÇÃO

– Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 37, § 4º;
– Lei Federal nº 8.429, de 02 de junho de 1992.

28.3 SUJEITOS DO ATO DE IMPROBIDADE

28.3.1 Sujeito Ativo

O sujeito ativo do ato de improbidade administrativa é quem pratica a conduta ou para ela contribui, induzindo ou concorrendo para a prática do ato. Também se considera sujeito ativo aquele que se beneficia, direta ou indiretamente, da ação.

A ocorrência de atos de improbidade administrativa pressupõe a participação de agentes públicos. Ainda que se admita a aplicação de sanções a terceiros, isto somente será possível quando se verificar algum tipo de vinculação com o agente público. Ressalte-se que não permanecem impunes as condutas isoladas de terceiros que ofendam bens jurídicos tutelados pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal nº 8.429/92). Porém, tal punição será aplicada por outros fundamentos.

O conceito de agente público, essencial para a aplicação da Lei Federal nº 8.429/92, foi fornecido pelo próprio legislador. Nos termos do artigo 2º, reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Em recente pronunciamento, o Supremo Tribunal Federal – STF, ao julgar a reclamação nº 2.138-6/DF, que tratava de caso envolvendo um Ministro de Estado, entendeu, por maioria, que a Lei de Improbidade Administrativa não se aplicaria a esse agente político, uma vez que para esta categoria incidiria a lei que define os crimes de responsabilidade (Lei Federal nº 1.079/50).

O STJ, ao julgar o AgRg no REsp 1152717/MG, entendeu que a Lei de Improbidade Administrativa aplica-se aos prefeitos, tendo em vista que a Lei de Crimes de Responsabilidade (1.079/50) somente abrange as autoridades elencadas no seu artigo 2º, sendo elas o Presidente da República, os Ministros de Estado, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República.

Como visto, a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos ainda é um tema bastante controvertido, notadamente em razão da existência de legislação específica sobre os crimes de res-

ponsabilidade. Pela sua complexidade e pelas repercussões de ordem prática, o assunto ainda espera uma manifestação definitiva do Poder Judiciário.

28.3.2 Sujeito Passivo

Os sujeitos passivos dos atos de improbidade administrativa são as pessoas jurídicas atingidas pela ação ímproba. Não se exige que sejam de direito público, pois também pode haver lesões aos interesses tutelados pela Lei de Improbidade Administrativa quando as condutas forem praticadas em face de pessoas jurídicas de direito privado, que tenham natureza pública ou que recebam ou gerenciam bens e recursos públicos.

Sendo assim, podem ser sujeito passivo de ações de improbidade as pessoas da Administração direta, aqui compreendidos a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Também as pessoas que compõem a Administração Pública Indireta, tais como autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Incluem-se na sujeição passiva as empresas incorporadas ao patrimônio público e as entidades para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, não se olvidando dos serviços sociais autônomos, os quais são destinatários de contribuições parafiscais.

28.4 ATOS DE IMPROBIDADE

28.4.1 Atos que Geram Enriquecimento Ilícito

A Lei de Improbidade Administrativa trata, no seu artigo 9º, das condutas chamadas de ímprobas que produzem enriquecimento ilícito. O *caput* prevê uma descrição genérica, ao passo que os incisos I a XII preveem condutas específicas. A norma sanciona qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida, não sendo necessário que seja auferida em pecúnia. Pode ocorrer que o enriquecimento ilícito se dê com o recebimento de bens móveis ou imóveis, não sendo exaustivo o rol de possíveis formas de locupletamento indevido.

Não é necessário que haja dano ao erário, pois o enriquecimento pode decorrer de vantagem recebida até mesmo de particulares. Exige-se, porém, que haja intenção do agente público de obter o enriquecimento ilícito, não sendo punível a conduta culposa (imprudência, negligência e imperícia). Em outras palavras, esta modalidade de conduta somente será punível na modalidade dolosa (deve haver a intenção).

Pela prática de atos que geram enriquecimento ilícito, podem ser punidos o agente público e o terceiro, uma vez que a Lei de Improbidade Administrativa autoriza a aplicação de sanções tanto para o que enriquece ilicitamente, quanto para quem contribui para que tal enriquecimento ocorra.

Na apuração de condutas ímprobas que geram enriquecimento ilícito, os sinais exteriores de riqueza apresentados pelo agente público, notadamente quando se revelem incompatíveis com os seus rendimentos auferidos e declarados, constituem-se em importante indício de irregularidades. De forma a contribuir para o controle da evolução patrimonial, a lei condiciona a posse e o exercício em cargo, emprego ou função pública à apresentação de declaração de bens que compõem o patrimônio do agente, sendo punido com demissão, a bem do serviço público, aquele que se negar a prestar a declaração dos bens durante o prazo assinalado. A mesma penalidade é aplicada àquele que, prestando a declaração, o faz com a inserção de informações falsas.

28.4.2 Atos que Causam Prejuízo ao Erário

Esta categoria de ato de improbidade compreende condutas omissivas e comissivas, que causem uma perda patrimonial ao erário. Esta perda patrimonial pode ocorrer na forma de desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de bens ou haveres das entidades classificadas como sujeitos passivos da ação ímproba.

Diferentemente da hipótese atos que acarretam enriquecimento ilícito, os que causam prejuízo ao erário não exigem que alguém tenha se locupletado ilicitamente, bastando que se verifique efetivo prejuízo aos cofres públicos. Por essa razão, a Lei de Improbidade Administrativa pune os agentes públicos que, por suas ações ou omissões, provoquem danos ao Erário. Também aqui se adotou como técnica legislativa a previsão de uma conduta ímproba genérica no *caput*, com condutas específicas indicadas nos incisos. Os atos que causam danos ao erário vêm dispostos no artigo 10, incisos I a XV, da Lei Federal nº 8.429/92.

Ao contrário das outras duas formas – atos que geram enriquecimento ilícito e atos que atentam contra os princípios aplicáveis à Administração Pública –, as condutas que causam prejuízo ao erário admitem a punição do agente público, ainda que praticada na modalidade culposa, ou seja, sem a intenção deliberada do agente de causar prejuízo ao patrimônio público.

Isso reforça o dever de cuidado o qual deve nortear o gestor no trato do patrimônio público, uma vez que, mesmo sem intenção, poderá ser responsabilizado com base na Lei de Improbidade Administrativa, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça – STJ, ao julgar, em 10 de março de 2009, o Recurso Especial 1.054.843/SP, relatado pelo Ministro Teori Albino Zavascki.

28.4.3 Atos que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública

Nesta espécie de atos de improbidade administrativa, assim como nas anteriores, há uma conduta genérica prevista no *caput* do artigo 11 da Lei Federal nº 8.429/92, ao passo que os incisos I a VII definem condutas específicas, as quais igualmente configuram casos de improbidade por ofensa aos princípios da Administração Pública.

Para que haja a responsabilização do agente público e/ou do terceiro por atos que atentam contra os princípios da Administração Pública, exige-se tão-somente a violação aos princípios administrativos, não sendo necessário que tenha ocorrido enriquecimento ilícito ou dano ao erário. A conduta pode se dar nas modalidades comissiva e omissiva, ou seja, através de um agir ou de uma omissão. Porém, em qualquer dos casos, exige-se que a ação tenha sido praticada de forma dolosa, intencional. Nesta espécie de violação, não se pune a conduta culposa.

28.5 SANÇÕES

É importante registrar que as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa se revestem de natureza civil, apesar de haver quem sustente que algumas delas se constituem em verdadeiras sanções de natureza penal. Com o advento da Lei nº 12.120, de 15 de dezembro de 2009, que alterou a redação do artigo 12 da Lei Federal nº 8.429/92, restou definido que as penas podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa, devendo a fixação ser realizada tendo em vista a gravidade do fato.

Como exceção ao princípio da congruência ou da adstrição, segundo o qual a decisão judicial fica limitada pelos pedidos do autor, na ação de improbidade administrativa o Juiz não fica limitado à aplicação das sanções postuladas na petição inicial. Isto porque, nessas ações, o interesse limita-se à confirmação da existência de um ato de improbidade administrativa e ao reconhecimento de sua autoria, submetendo o agente público e/ou terceiro às consequências previstas na Lei Federal nº 8.429/92. Esse entendimento foi acolhido pelo STJ no julgamento do Recurso Especial nº 324.282/MT.

Por fim, na aplicação das penas previstas no artigo 12 da Lei Federal nº 8.429/92, o juiz deverá considerar a extensão do dano causado, bem como o proveito patrimonial obtido pelo agente público infrator.

Assim, em síntese, as sanções previstas na Lei Federal nº 8.429/92 são as seguintes:

Perda de Bens e Valores Acrescidos Ilicitamente ao Patrimônio do Agente Público – tendo em vista que esta sanção tem como pressuposto a aquisição prévia de bens ou valores ilicitamente acrescidos ao patrimônio do agente público ou do terceiro que com ele concorreu para a prática do ato, somente é cabível se a conduta gerar acréscimo patrimonial. Nessa linha, somente abrangeria os bens acrescidos após a prática do ato de improbidade ou, ainda que adquiridos em momento anterior, que estejam a ele relacionados. Pode ocorrer também que não seja mais possível ao autor do ato ímprobo a restituição do bem ou dos valores que foram ilicitamente agregados ao seu patrimônio.

Nesses casos, havendo impossibilidade de restituição do bem adquirido ilicitamente, a obrigação será convertida em pecúnia, de forma a viabilizar a efetivação da perda.

Ressarcimento Integral do Dano – como pressuposto lógico para a aplicação da sanção de ressarcimento integral do dano, impõe-se que o ato ímprobo tenha causado prejuízo ao erário. Se a conduta não tiver causado dano ao erário, resta inviável a aplicação desta modalidade sancionatória, sem prejuízo da aplicação das demais espécies previstas na Lei de Improbidade Administrativa. A condenação será acrescida de juros de mora e atualização monetária, contada esta a partir da data em que consumado o ato ilícito.

Perda da Função Pública – esta sanção somente poderá ser aplicada aos agentes públicos, uma vez que os terceiros não mantêm vínculo com a Administração Pública que possa ser rompido por essa espécie sancionatória. Cabe ao Juiz, frente às particularidades de cada caso, ponderar sobre a razoabilidade e proporcionalidade da aplicação desta severa sanção, a qual somente poderá ser aplicada após o trânsito em julgado da respectiva sentença/decisão condenatória.

Suspensão dos Direitos Políticos – a primeira informação sobre esta espécie sancionatória é que se trata de suspensão, e não cassação dos direitos políticos. A suspensão caracteriza-se pela temporariedade, ao passo que a cassação assume contornos de definitividade.

Pode ser aplicada tanto ao agente público quanto ao terceiro que com ele concorreu para a prática do ato de improbidade administrativa, encontrando-se admitida para as três espécies de atos ímprobos contidas nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei Federal nº 8.429/92. A aplicação da sanção de suspensão dos direitos políticos impossibilita a fruição dos direitos que se encontram a eles condicionados.

Um exemplo desse tipo de direito é o ingresso no serviço público, o qual, nos termos do artigo 7º, inciso V, da Lei Complementar Estadual nº 10.098/94, somente é admitido para aqueles que estejam no gozo dos direitos políticos. Assim como no caso de perda da função pública, somente será procedida a suspensão dos direitos políticos após o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Pagamento de Multa Civil – dada a sua ampla possibilidade de aplicação, a lei admite a multa civil para as três modalidades de atos de improbidade administrativa.

Em virtude de não possuir natureza indenizatória, pode ser cumulada com o ressarcimento integral do dano e com a perda de bens e valores. Quanto aos limites para fixação da multa civil, a lei previu diferentes bases de cálculo para cada uma das espécies de atos de improbidade administrativa.

Para os atos que produzam enriquecimento ilícito, a lei previu que a multa poderá ser fixada em quantia de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial indevido. Nos casos em que a ação ímproba produza dano ao erário, o Juiz poderá fixar a multa em até duas vezes o valor do dano causado. Por último, quando a ação de improbidade tenha atentado contra os princípios da Administração Pública, o Juiz poderá fixar multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente.

Nos casos em que, transitada em julgado a decisão que aplicou a multa, houver resistência quanto ao seu pagamento, não será observado o rito da execução fiscal, sendo a decisão liquidada e cumprida nos termos do artigo 475-I e seguintes do Código de Processo Civil.

Proibição de Contratar e Receber Benefícios ou Incentivos Fiscais ou Creditícios do Poder Público – inspirada pelo princípio da moralidade administrativa, a Lei Federal nº 8.429/92 previu a proibição de contratar com o Poder Público, bem como a vedação de receber benefícios e incentivos fiscais ou creditícios como sanção àqueles que praticam condutas ímprobas.

Essa espécie de sanção, de natureza civil, veda a percepção direta e indireta de benefícios. Não apenas a pessoa física que praticou o ato ímprobo será objeto da sanção, mas também as pessoas jurídicas de que seja sócio majoritário o agente público ou terceiro que com ele concorreu para a prática do ato de improbidade.

28.6 PROCEDIMENTOS

Assim como os demais procedimentos administrativos, nos casos de improbidade administrativa o que se tem é um conjunto de atos praticados de forma lógica, com o objetivo de apurar a materialidade e a autoria de condutas ímprobas.

Tendo ciência da prática de atos de improbidade administrativa, qualquer pessoa pode representar à autoridade administrativa para a instauração do procedimento administrativo. Esta representação, porém, deverá ocorrer na forma escrita e indicar as informações sobre o fato e sua autoria – quando conhecida –, indicando também as provas de que o denunciante tenha conhecimento. O direito de representação deverá ser exercido com responsabilidade, pois a Lei de Improbidade Administrativa considera crime a representação efetuada contra agente público ou terceiros, quando o autor da denúncia tenha prévio conhecimento da sua inocência.

A observância desses requisitos é imprescindível, sob pena de pronta rejeição da representação, em despacho devidamente fundamentado. Ainda que a autoridade administrativa rejeite a representação, tal fato não obsta a apresentação de uma nova representação, dirigida ao Ministério Público, o qual analisará a questão com a independência funcional que lhe é assegurada constitucionalmente.

Atendidos os requisitos formais da representação, a autoridade deverá determinar a instauração do processo administrativo, o qual será destinado a apurar a prática do ato de improbidade. A Lei Federal nº 8.429/92, no § 3º do seu artigo 14, estabelece, para os servidores públicos federais, o processamento nos termos da Lei Federal nº 8.112/90. No Estado do Rio Grande do Sul, deverá ser observado o que dispõem os artigos 198 e seguintes da Lei Complementar Estadual nº 10.098/94, a qual regula o processo administrativo disciplinar.

Uma vez instaurado o processo administrativo, a comissão processante deve cientificar o Ministério Público e o Tribunal de Contas do Estado – TCE para que, caso entendam necessário, designem representantes para acompanhar o desenvolvimento dos trabalhos. Sublinhe-se que a participação do Ministério Público e do TCE se limita ao acompanhamento, não lhes sendo possível interferir nos trabalhos da comissão.

Constatada a existência de fundados indícios de responsabilidade do agente público pela prática de ato de improbidade administrativa que tenham produzido enriquecimento ilícito ou gerado danos ao erário, a comissão processante deverá representar ao Ministério Público ou à Procuradoria-Geral do Estado – PGE para que requeiram, judicialmente, o sequestro de bens do agente ou do terceiro que com ele tenha concorrido, assegurando, assim, a higidez do erário.

Importante destacar, ainda, que a esfera administrativa não tem legitimidade para a aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade, o que somente será possível com o ajuizamento de uma ação, instaurada perante o Poder Judiciário.

No tocante aos procedimentos vinculados à esfera judicial, cumpre dizer que a ação de improbidade administrativa poderá ser proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, assim entendida aquela que sofreu os prejuízos decorrentes da prática do ato de improbidade, os quais são denominados legitimados ativos. No outro lado da relação processual estará aquele que praticou o ato de improbidade administrativa e/ou que dele se beneficiou, sendo denominado legitimado passivo.

O órgão ou a entidade que for vítima de atos ímprobos, após a apuração do fato em processo administrativo, quando concluir pela sua existência, deverá encaminhar cópia do processo aos legitimados, os quais, com a independência que lhes é garantida, verificarão o cabimento do ajuizamento da ação. O Ministério Público, ainda que não proponha a ação de improbidade administrativa, atuará durante a tramitação do processo como fiscal da lei.

Após a tramitação da ação, o Juiz reconhecerá ou não a existência do ato de improbidade administrativa, aplicando as penalidades previstas em lei de acordo com as peculiaridades de cada caso. O Magistrado não estará limitado ao pedido formulado pelos legitimados ativos, podendo aplicar sanções, ainda que não tenham sido requeridas no pedido inicial, observando a gravidade do fato.

A ação judicial para aplicação das sanções pela prática de atos de improbidade administrativa tem seu rito previsto nos parágrafos do artigo 17 da Lei Federal nº 8.429/92.

28.7 PRESCRIÇÃO

Segundo dispõe o artigo 23 da Lei Federal nº 8.429/92, há duas espécies de prazos prescricionais para o ajuizamento de ações civis tendentes à aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa: um deles aplicável aos detentores de mandato, ocupantes de cargos em comissão ou função de confiança, e outro para os servidores ocupantes de cargos de provimento efetivo ou de empregos públicos.

Para a primeira categoria de agentes públicos, estarão prescritas as ações de improbidade administrativa após o decurso de cinco anos, cujo início da contagem se dá após o término do mandato, do exercício do cargo em comissão ou da função de confiança. Nos casos de reeleição, o prazo prescricional nas ações de improbidade administrativa deve ser contado a partir do segundo mandato pois, ainda sejam mandatos diferentes, existe uma continuidade no exercício da função agente público, conforme decidido pelo STJ no julgamento do AgRg no REsp 1259432/PB, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 04/02/2013.

Tratando-se de servidores ocupantes de cargos de provimento efetivo, a ação de improbidade estará prescrita no mesmo prazo em que prescreve a aplicação da pena de demissão a bem do serviço público. No Estado do Rio Grande do Sul, segundo o artigo 197 da Lei Complementar Estadual nº 10.098/94, prescreve em vinte e quatro meses a aplicação da pena de demissão. Porém, caso a conduta praticada também constitua crime ou contravenção penal, a prescrição será aquela definida pela legislação penal.

Não obstante a existência de prazos prescricionais para ajuizamento da ação de improbidade administrativa, a ação de ressarcimento dos prejuízos causados ao erário vem sendo considerada pelos nossos Tribunais Superiores como imprescritível. Tal conclusão decorre da interpretação do disposto no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, conforme asseverado nos julgamentos do Mandado de Segurança nº 26.210/DF pelo STF e do Agravo Regimental no Recurso Espacial nº 1287471/PA pelo STJ. No entanto, sublinhe-se que não será viabilizado o ressarcimento ao erário na própria ação de improbidade administrativa extinta pelo advento da prescrição. Nesses casos, será necessário o ajuizamento de uma ação autônoma para este fim, esta, sim, considerada imprescritível, conforme pronunciamento do STJ ao julgar o Recurso Especial nº 801.846/AM.

29. LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO

Sumário: 29.1 Considerações Iniciais – **29.2** Regras Gerais e Garantias do Direito de Acesso - **29.3** Regras sobre a divulgação ativa - **29.4** Transparência Passiva - **29.5** Da classificação da informação como sigilosa - **29.6** A recusa de acesso.

29.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em 18 de novembro de 2011 foi publicada pela União, a Lei nº 12.527/12, conhecida como Lei de Acesso à Informação, com o intuito de regulamentar o direito de acesso às informações de interesse coletivo ou geral, bem como o interesse particular dos indivíduos, desde que isso não provoque riscos à sociedade. Tal normativo infraconstitucional teve por base para sua emissão as disposições os incisos XIV e XXXIII do artigo 5º, o inciso II do § 3º do artigo 37, bem como o § 2º do artigo 216, todos da Constituição Federal de 1988.

Note-se que as normas constitucionais impõem que os órgãos públicos devam franquear o acesso à informação aos cidadãos, ou seja, todas as informações que são produzidas pelo Poder Público, de regra, devem estar disponíveis para consulta da população.

Para uma melhor compreensão do tema, o gestor público, antes de tudo, deve estar ciente dos conceitos dispostos no texto constitucional:

> Art. 5º (...)
> XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;
> (...)
> XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;
> (...)
> Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
> (...)
> § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
> (...)
> II - o acesso dos usuários a **registros administrativos e a informações sobre atos de governo**, **observado o disposto no art. 5º, X** e **XXXIII**; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
> (...)
> Art. 216 (...)
> § 2º - Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

Assim, como dito, foi partindo desse norte que a Lei de Acesso à Informação - LAI dispôs sobre os procedimentos a serem observados pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios com o fim de garantir a todos o direito de acesso à informação previsto na Constituição Federal. As informações produzidas pelo Estado dizem respeito ao interesse público e, portanto, devem estar acessíveis a todas as pessoas. Nessa lógica, o acesso à informação pública se torna a regra e o sigilo, a exceção. Natu-

ralmente, a Lei prevê também os casos específicos em que o sigilo se torna necessário, mas atente-se: esses são casos excepcionais.

Ainda que seja uma Lei emanada na esfera federal, ao dispor sobre procedimentos que deverão ser observados por todos os entes federativos, a LAI passou a ser enquadrada pela doutrina como lei nacional. Bem por isso, subordinam-se ao seu regime todos os entes federativos - União, Estados, Distrito Federal e Municípios e os órgãos e entidades respectivos. As entidades da Administração Indireta, como as fundações e as autarquias, também se subsumem aos seus comandos, sem ressalvas às sociedades de economia mista e empresas públicas. Até as empresas estatais dependentes estão sob a incidência da Lei.

A LAI está estruturada em oito grandes grupos, a saber: nos artigos 3º a 7º estão expostas as garantias do direito de acesso; nos artigos 8º e 9º as regras sobre divulgação proativa ou de rotina; do artigo 10 ao 14 estão dispostas as formas de processamento dos pedidos de informação; já o direito de recurso à negativa de acesso vem tratado nos artigos 15 ao 17; do artigo 20 ao artigo 30 estão relacionadas as hipóteses que excepcionam o direito de acesso; no artigo 31 regulamenta-se o tratamento das informações pessoais; nos artigos 32 a 34 a responsabilidade dos agentes públicos e, por fim, nos artigos 35 a 47 estão delimitadas as disposições finais e transitórias.

Aproveitando a estrutura da norma nacional, foi publicado, em 16 de maio de 2012, o Decreto nº 49.111, que regulamentou a LAI no âmbito do Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Sul. Por sua abrangência específica, tal norma será melhor detalhada, por tópicos, naquilo que mais interessa ao gestor público estadual.

29.2 REGRAS GERAIS E GARANTIAS DO DIREITO DE ACESSO

Os procedimentos previstos nos artigos 1º a 5º do referido decreto destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da Administração Pública, bem como com as seguintes diretrizes:

- observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;
- divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitação;
- utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;
- fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na Administração Pública; e
- desenvolvimento do controle social da administração pública.

Por essas disposições, compete aos órgãos da Administração Pública Estadual Direta e Indireta, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e a sua divulgação, e proteger a informação, garantindo-se sua disponibilidade, autenticidade e integridade, bem como a proteção da informação sigilosa e da informação pessoal, observada a sua disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso. Para que isso seja realizado a contento, entende-se como informação os dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato.

29.3 REGRAS SOBRE A DIVULGAÇÃO ATIVA

Quando caracterizado que a informação é de *interesse público*, a sua divulgação deve ser providenciada pelo Poder Público, mesmo que não exista solicitação expressa para tal. Aqui está a base para a classificação que leva em conta que existem dois conceitos sobre a forma como a informação será disponibilizada ao público: de forma ativa ou mediante provocação. Essas duas formas de divulgação levaram a doutrina a estabelecer dois conceitos que regem a conduta da Administração Pública, as chamadas *transparência ativa* e *transparência passiva*. Na primeira (tratada no artigo 6º do Decreto) a iniciativa é da Administração, e independe da provocação do interessado. Quando se menciona que a transparência ativa deve ser a preponderante no âmbito da Administração, está a se dizer que as informações que interessam ao coletivo devem ter como diretriz a sua disponibilização, mesmo que não tenham sido requeridas por qualquer pessoa.

Por isso, é dever dos órgãos e entidades da Administração Pública Estadual fornecer as informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas à Casa Civil, por meio da Subchefia de Ética, Controle Público e Transparência, para divulgação no site www.acessoinformacao.rs.gov.br.

Em tal divulgação deverão constar, no mínimo, o registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público; registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros; registros das despesas; informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados; dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades; respostas a perguntas mais frequentes da sociedade; serviços e informações públicas e a relação de servidores.

Ressalte-se que esses são os dados mínimos impostos pela lei. Inobstante isso, nada impede que os órgãos e entidades, por iniciativa própria, apresentem outros dados para divulgação de forma ativa.

29.4 TRANSPARÊNCIA PASSIVA

Conforme comentado acima, além das informações mínimas que deverão ser disponibilizadas sem qualquer requerimento dos cidadãos, de regra todos os dados produzidos pela Administração Pública deverão estar disponíveis para consulta da população. Assim, qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações aos órgãos e entidades públicos, no que se caracteriza a transparência passiva. Essa hipótese se dará ou mediante preenchimento de formulário próprio disponibilizado no *site* www.acessoinformacao.rs.gov.br, ou também por meio de atendimento presencial no Serviço de Informações ao Cidadão – SIC.

O pedido de informação efetivado por meio de formulário, após a confirmação da solicitação pelo requisitante e o fornecimento de número de protocolo, será recebido pelo Gestor Central, o qual avaliará, primeiramente, se a matéria objeto da informação solicitada é de atribuição estadual. Sendo assim caracterizada, cabe ao Gestor Central encaminhar a demanda, via sistema eletrônico, ao órgão ou entidade responsável pela informação.

Ao receber a demanda encaminhada pelo Gestor Central, o órgão ou entidade responsável pela informação deverá autorizar ou conceder o acesso imediato à informação disponível. Para melhor lidar com os pedidos de acesso à informação, deverão ser designados pelos titulares dos entes e órgãos da Administração Pública Estadual Direta e Indireta, com o intuito de serem facilitadores locais da Lei de Acesso à Informação, dois Gestores Locais do Serviço de Informação ao Cidadão - SIC, um titular e um suplente.

Caso não seja possível a disponibilização imediata pelos Gestores Locais, o órgão ou entidade deverá, em prazo não superior a vinte dias, comunicar a data, local e modo para se realizar a consulta, efetuar a reprodução ou obter a certidão requerida. Na impossibilidade de disponibilizar a informação no prazo legal de 20 (vinte) dias, poderá haver a dilatação deste por mais 10 (dez), mediante justificativa expressa da qual o requisitante deverá ter ciência.

O gestor deverá atentar ao fato de que na contagem dos prazos estabelecidos na legislação, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, sendo considerados os dias consecutivos. Ademais, só se iniciam e vencem os prazos acima referidos em dias úteis. No caso de recusa de acesso à informação (veja tópico seguinte), o gestor deverá indicar as razões de fato ou de direito que o levaram a isso ou comunicar que não possui a informação. Se for do seu conhecimento que outro órgão ou a entidade detém a informação requerida, é seu dever indicar ou, ainda, remeter o requerimento a esse órgão ou entidade, cientificando o interessado da remessa de seu pedido de informação.

É possível, ademais, que o órgão ou entidade ofereça meios para que o próprio requerente possa pesquisar a informação de que necessitar, sem prejuízo da segurança e da proteção das informações e do cumprimento da legislação aplicável. Para fornecer a informação, o gestor deve atentar que quando esta estiver armazenada em formato digital este deverá ser o formato padrão de fornecimento, salvo quando o requerente solicitar expressamente o fornecimento de maneira diversa.

Há que se ter em conta que esse serviço de busca e fornecimento da informação é gratuito. Entretanto, nas hipóteses de reprodução de documentos pelo órgão ou entidade da Administração Pública Estadual consultado, quando o valor dos serviços e dos materiais utilizados for superior a duas Unidades Padrão Fiscal do Estado do Rio Grande do Sul – UPF/RS, poderá ser cobrado do requerente o valor necessário ao ressarcimento dos custos excedentes dos serviços e dos materiais utilizados.

Essa cobrança, quando cabível, corresponderá ao valor por cópia estabelecido no item 1 do inciso I da tabela de incidência anexa à Lei nº 8.109, de 19 de dezembro de 1985, o qual será recolhido mediante guia de arrecadação código 932 - Receita de Serviços Administrativos disponível em: http://www.sefaz.rs.gov.br/.

Inobstante isso, estará isento de ressarcir os custos previstos todo aquele cuja situação econômica não lhe permita fazê-lo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, declarado nos termos da Lei Federal nº 7.115, de 29 de agosto de 1983. Cumpre aclarar que, na impossibilidade de obtenção de cópias, o interessado poderá solicitar que, a suas expensas e sob supervisão de servidor público, a reprodução seja feita por outro meio que não ponha em risco a conservação do documento original.

Por fim, quando se tratar de acesso à informação contida em documento cuja manipulação possa prejudicar sua integridade, deverá ser oferecida a consulta de cópia, com certificação de que esta confere com o original.

29.5 DA CLASSIFICAÇÃO DA INFORMAÇÃO COMO SIGILOSA

De acordo com o Decreto Estadual, as hipóteses e os graus de classificação de informações sigilosas e os respectivos prazos máximos de restrição de acesso são aqueles previstos nos artigos 23 e 24 da Lei Federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

Com efeito, o artigo 23 da LAI traz aquelas hipóteses de informações que são consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação como de acesso restrito. Por seu turno, o artigo 24 delimita os prazos que tais informações poderão ficar com sua divulgação restrita. Com base nesses artigos, excepcionalmente a informação produzida poderá ter seu acesso limitado, ao ser classificada como *ultrassecreta*, *secreta* ou *reservada*.

Essa sistematização, levando em conta o grau de sigilo, deverá ser efetuada pelos legitimados respectivos, delimitados no artigo 13 do Decreto Estadual nº 49.111/12. É que, quanto maior o grau de restrição da informação maior o grau da autoridade legitimada para fazê-lo.

No que diz com o grau de *ultrassecreto* (restrição máxima de 25 anos da data da produção da informação) apenas estão legitimados, por exemplo, o Governador do Estado, o Vice-Governador do Estado, os Secretários de Estado e as autoridades com as mesmas prerrogativas. Já no que diz com o grau de *secreto* (restrição de acesso por até 15 anos) não só os referidos acima estão aptos, mas também os titulares de autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista. Por fim, no grau de *reservado* (5 anos de restrição máxima) todos os mencionados acima, aí também incluídos os servidores que exerçam funções de direção de departamentos ou de hierarquia equivalente, estão legitimados para a classificação.

Partindo dessas premissas, após selecionar as informações passíveis de classificação nas hipóteses previstas no artigo 23, o gestor deve fundamentar a decisão com os elementos previstos no artigo 14 do Decreto Estadual nº 49.111/12, observado ainda o artigo 10 do mesmo normativo, ou seja, *deve especificar o assunto sobre o qual versa a informação*, *os fundamentos da classificação, indicando o prazo de sigilo* e *a autoridade que a classificou*.

Procedida a classificação, é dever da autoridade máxima de cada órgão ou entidade publicar, anualmente, no dia 16 de maio, em sítio à disposição na *internet* e destinado à veiculação de dados e informações administrativas o rol das informações que tenham sido desclassificadas nos últimos doze meses, bem como o rol de documentos classificados em cada grau de sigilo, com identificação para referência futura.

Também deverão os órgãos e entidades manter extrato com a lista de informações classificadas, acompanhadas da data, do grau de sigilo e dos fundamentos da classificação. Por outro lado, as informações *relacionadas à pessoa natural identificada ou identificável* (inciso IV do artigo 4º do Decreto nº 49.111/12) devem ter seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo. No que diz com essa espécie de informação, o procedimento a ser efetivado deve ser justificado pela menção ao disposto no artigo 31 da Lei nº 12.527/11 c/c artigo 10, inciso II, do Decreto Estadual nº 49.111/12.

Note-se que as informações pessoais terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo, pelo prazo máximo de cem anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem, nos termos do artigo 31 da Lei Federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, e só poderão ser divulgadas ou acessadas por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.

Bem por isso, os órgãos e entidades da Administração Pública Estadual respondem diretamente pelos danos causados em decorrência da divulgação não autorizada ou utilização indevida de informações sigilosas ou informações pessoais, cabendo a apuração de responsabilidade funcional nos casos de dolo ou culpa, assegurado o respectivo direito de regresso.

O último ponto a ser considerado quando da restrição de acesso a pedido de informações com base na LAI decorre das *demais hipóteses legais de sigilo*. Para o correto enquadramento das informações sugere-se, no caso, que o órgão/entidade realize pesquisa sobre qual a abrangência das hipóteses legais de sigilo ligadas à sua área de atuação e proceda à classificação da informação como descrito nos demais pontos. A base legal está no disposto no artigo 22 da Lei de Acesso à informação.

29.6 A RECUSA DE ACESSO

Como bem disposto na LAI e reproduzido no decreto estadual, a publicidade é a regra e a recusa de acesso à informação a exceção. Esta só poderá se dar em casos expressamente apontados nas normas acima mencionadas.

Com efeito, a recusa de acesso é de competência exclusiva da autoridade máxima do órgão ou entidade da Administração Pública Estadual e poderá acontecer: quando a informação for classificada como ultrassecreta, secreta ou reservada; quando se tratar de solicitação referente a informações pessoais relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem, bem como aquelas que puserem em risco as liberdades e garantias individuais ou quando se tratar das demais hipóteses legais de sigilo, segredo de justiça, segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o Poder Público.

Assim, a proposta de negativa de acesso à informação deverá ser encaminhada pelo setor responsável pela informação com a fundamentação pertinente para a deliberação da autoridade máxima do órgão ou entidade.

Negado o acesso à informação pela autoridade**,** é direito do requerente obter o inteiro teor de decisão de negativa de acesso, por certidão ou cópia, devendo ser informado sobre a possibilidade de recurso, prazos e condições para sua interposição e, ainda, ser-lhe indicada a autoridade competente para sua apreciação.

Como dito, o interessado poderá pedir reexame da decisão no prazo de dez dias a contar da sua ciência, dirigido à autoridade máxima do órgão ou entidade que exarou a decisão impugnada, para deliberação, no prazo de dez dias. Após esse reexame, caso seja mantida a decisão impugnada, poderá o interessado, ainda, interpor, no mesmo prazo de dez dias a contar de sua ciência, outro recurso à CMRI/RS.